



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

Amannda de Sales Lima

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

**Brasília
2015**

Amanda de Sales Lima

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

**Brasília
2015**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: LIMA, Amannda de Sales.

Título: Termo inicial da prescrição da pretensão executória.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 23.06.2015

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Orientadora

Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Marcelo Turbay Freiria

Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Rafael de Deus Garcia

Membro da Banca Examinadora

*A ela, por ter plantado a vontade, cultivado o
sonho e esperado os frutos, ainda que
demorados.*

Mãe, aqui está o primeiro deles.

RESUMO

A prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado decorrente do descumprimento dos prazos fixados em lei para a obtenção da sentença condenatória ou início da execução penal. No primeiro caso, estamos diante da prescrição punitiva, no segundo, da prescrição executória. Debate-se instaura, todavia, quanto ao termo inicial para a contagem da prescrição executória. Parte da doutrina e jurisprudência adota a literalidade do art. 112 I do Código Penal. Outra parcela apresenta argumentação mais “progressista” e propõe a alteração na interpretação do dispositivo para que o trânsito em julgado definitivo seja o marco de início de cômputo do prazo. Nesta obra, realizou-se busca doutrinária a fim de se estabelecer os elementos basilares do instituto da prescrição. A partir dessa construção conceitual, foi feita análise da jurisprudência do STF e STJ para que se compreendesse qual posição é adotada nas decisões referentes ao termo inicial da prescrição executória. Utilizou-se como precedente inicial o ARE nº 848.107/DF, que recebeu repercussão geral ao abordar tal temática. Por fim, com o objetivo de aprofundar a discussão, demonstrando sua relevância para além de conceitos técnicos, foi realizado o estudo de princípios processuais penais insculpidos na Constituição Federal de 1988. Com isso, foi possível concluir que, apesar da existência de argumentos contrários à manutenção da aplicação tradicional do art. 112 I CP, não merece ser alterada a atual interpretação do dispositivo, haja vista que encontra-se em consonância com a sistemática normativa, principiológica e garantista fortalecida pelo cenário de direitos pós-1988.

Palavras-chave: Prescrição Penal; Termo Inicial; Prescrição Executória; Princípios constitucionais do processo penal.

ABSTRACT

Prescription is the loss of power and obligation to punish the state, resulting from non-compliance with time limits set by law for obtaining the conviction or early criminal enforcement. In the first case, we are facing punitive prescription in the second, the enforceable prescription. Debate is established, however, as the starting date for counting the enforceable prescription. Part of the doctrine and jurisprudence adopt the literalness of art. I 112 of the Penal Code. Another portion presents arguments more "progressive" and proposes to change the interpretation of the device so that the traffic is ultimately judged the time computation of initial landmark. In this work was held doctrinal search in order to establish the basic elements of the prescription institute. From this conceptual construction, jurisprudence analysis was made of the STF and STJ so that they understand what position is adopted in decisions relating to the initial term of the enforceable prescription. Was used as the initial precedent ARE n ° 848107 / DF, which received general repercussion in addressing this issue. Finally, in order to deepen the discussion, showing their relevance as well as technical concepts, the study was conducted of criminal procedural principles sculptured in the Federal Constitution of 1988. Thus, it was concluded that, despite the existence of opposing arguments the maintenance of traditional application of art. 112 CP I do not deserve to be altered the interpretation of the device, given that is in line with the rules systematic, principled and garantista strengthened by post-1988 rights scenario.

Keywords: Criminal Prescription; Initial Term; Enforceable prescription; Constitutional principles of criminal procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DA PUNIBILIDADE À PRESCRIÇÃO	11
2.1 Poder punitivo do Estado.....	11
2.2 Punibilidade.....	13
2.2.1 Conceito.....	13
2.2.2 Causas extintivas da punibilidade.....	14
2.3 Prescrição.....	17
2.3.1 Evolução histórica.....	17
2.3.2 Conceito.....	22
2.3.3 Natureza jurídica.....	23
2.3.4 Fundamentos jurídico-políticos.....	26
3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO E O TERMO INICIAL	30
3.1 Prescrição da Pretensão Punitiva: noções gerais e subespécies	30
3.2 Prescrição da Pretensão Executória.....	35
3.3 Termo inicial da prescrição executória.....	37
3.3.1 Metodologia de pesquisa.....	40
3.3.2 Análise dos dados jurisprudenciais.....	41
3.4 Termo inicial: doutrina e jurisprudência tradicionais.....	45
4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E OS REFLEXOS SOBRE O TERMO INICIAL	48
4.1 Processo penal e o Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	48
4.2 Princípio da presunção da inocência e a vedação à execução provisória da pena.....	50
4.3 Crítica moderna e a alteração da interpretação do termo inicial da prescrição executória.....	52
4.4. Desconstrução da crítica moderna: uma leitura autêntica das garantias constitucionais do processo penal.....	57
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A prescrição é tema que permeia os diversos ramos do direito e possui relevante destaque na seara penal. O instituto, classificado como causa de extinção da punibilidade, possui a função primordial de indicar o momento a partir do qual o Estado perde o poder-dever de punir, em razão de sua inércia ou morosidade. Dessa função, que na verdade se confunde com o próprio conceito do instituto, decorrem algumas discussões jurídicas, tendo em vista a sensação de impunidade trazida pela impossibilidade da constituição do édito condenatório, em decorrência da prescrição punitiva, ou da efetiva imposição da sanção fixada, pelo advento da prescrição executória.

A consolidação de direitos e garantias individuais e sociais trazidas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) aliada à alteração de normas atinentes ao processo penal, quando associada, paralelamente, ao aumento da taxa de criminalidade e à deficiência do Estado em promover o célere andamento da marcha processual, forma um cenário propício ao debate sobre a modificação da interpretação literal do artigo 112 I do Código Penal, que prevê que o termo inicial da prescrição executória é o trânsito em julgado para acusação.

É importante salientar que a justificativa específica para o desenvolvimento do tema surgiu de uma experiência pessoal e profissional, na condição de estagiária, na Procuradoria Geral da República - PGR.

No gabinete onde exercia as minhas atividades, foi possível participar de algumas discussões e ter contato com processos em que se debatia o termo inicial da prescrição executória. Inicialmente, não enxergava a relevância daquela discussão, no entanto, após um olhar mais detido, pude perceber que a permanência ou alteração da literalidade do artigo 112 I CP traria consequências diretas para o andamento do processo penal e, especificamente, para o réu. Foi a partir desse contexto que os meus estudos foram iniciados.

Preliminarmente, informa-se que sobre o tema não existe perfeita congruência de opinião. Por um lado, parte da doutrina e jurisprudência posiciona-se a favor da manutenção da aplicação do dispositivo com a sua interpretação literal, adotando, pois, como marco inicial para a prescrição executória, o trânsito em julgado para a acusação. Em sentido contrário, tem-se aqueles que compreendem essa posição “tradicional” como uma incongruência normativa e principiológica, destoante das garantias processuais e constitucionais vigentes.

Diante da explanação anterior e na busca de se compreender com mais propriedade o

debate, o trabalho será dividido em três partes principais. No primeiro capítulo, será desenvolvida pesquisa doutrinária para que sejam reunidos elementos suficientes para o estudo da prescrição no âmbito do Direito Penal. Assim sendo, será feito recorte transversal do conteúdo, abordando desde o poder punitivo do Estado, passando pelas causas de extinção da punibilidade até ser alcançada a prescrição, momento em que serão abordadas a evolução histórica, os conceitos, as características e os fundamentos jurídico-políticos do instituto.

Em seguida, far-se-á o estudo das espécies de prescrição, a saber, prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. O objetivo, nesse ponto, não é o de exaurir todas as questões referentes à interrupção e suspensão de prazos. O que se busca, efetivamente, é estabelecer o momento em que se diferenciam os dois tipos de prescrição, ou seja, o instante em que se altera a própria natureza das espécies do instituto, que deixa de tratar do *ius puniendi* e passa a falar do *ius executionis*. Esse estudo terá relevância para que não se confunda o instante em que a prescrição executória se concretiza com o instante em que se inicia o cômputo do seu termo inicial.

Ainda no segundo capítulo, após essa separação entre os institutos, será realizada pesquisa jurisprudencial, com foco no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), para que se compreenda como estão decidindo sobre o termo inicial da prescrição executória. Para tanto, será feita a apresentação da discussão desenvolvida no Agravo em Recurso Especial (ARE) nº 848.107/DF que recebeu repercussão geral no STF, abordando os principais argumentos utilizados pela defesa e pela acusação nas razões e contrarrazões do recurso. Ademais, serão tecidos alguns comentários sobre precedentes colhidos na pesquisa que sejam relevantes para o aprofundamento do estudo. Por fim, será desenvolvida explicação técnica sobre o termo inicial da prescrição executória, discorrendo sobre a literalidade do art. 112 I CP e demonstrado a vontade inicial do legislador, quando da formulação da norma.

No último capítulo, será feito estudo dos princípios constitucionais do processo penal que estão diretamente relacionados ao termo inicial da prescrição executória. Aqui serão apresentados os principais argumentos colhidos na doutrina e na jurisprudência que corroboram com a alteração da hermenêutica do disposto no art. 112 I CP. A partir da reunião de tais argumentos será feita a desconstrução dessa tese, a fim de demonstrar que existe congruência normativa e principiológica para a permanência da interpretação literal do artigo em questão.

2 DA PUNIBILIDADE À PRESCRIÇÃO

A prescrição penal está intimamente relacionada a dois temas: o direito de punir do Estado e a punibilidade. Esse entendimento advém do fato de que a prescrição recai justamente sobre o poder punitivo estatal. Além disso, é a prescrição uma das causas de extinção da punibilidade. Desse modo, inicialmente, será feita uma breve análise sobre tais temáticas, a fim de que se reúnam as condições elementares para a correta compreensão do instituto da prescrição nas regras do Direito Penal.

2.1 Poder punitivo do Estado

O estudo do Direito Penal nos leva ao fenômeno da violência. Segundo Émile Durkheim, o fato social violência pode ser enxergado como algo natural que permeia as diversas sociedades. Nesse sentido, o autor escreve que a classificação do ato criminoso entre “os fenômenos da sociologia normal não só equivale a dizer que é fenômeno inevitável, embora lamentável devido à maldade incorrigível dos homens; é também afirmar que se trata de um fator de saúde pública, uma parte integrante de toda sociedade saudável”. (2001, p. 114)

Diante disso, o Direito Penal objetivo surge como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas correspondentes – penas e medidas de segurança” (BITENCOURT, 2010, p. 32). Ressalte-se que a finalidade dessas normas é proteger bens juridicamente tutelados que possuem alto grau de relevância no meio social.

O Estado detém, portanto, o direito abstrato de punir que está consubstanciado no preceito primário da norma incriminadora. A prática do delito promove concretização desse direito, fazendo incidir o preceito secundário da norma, a saber, a punição. Assim sendo, a violação da lei penal faz surgir relação jurídico-punitiva.

“É do Direito Penal objetivo que emerge o Direito Penal subjetivo” (BITENCOURT, 2010, p. 35) qualificado como *ius puniendi*, que representa a manifestação do poder soberano do Estado, o qual detém o direito exclusivo e indelegável de impor sanção.

Salienta-se que a exclusividade do Estado-juiz de trazer à tona uma punição, a partir da prática do crime, é mantida, inclusive, quando se está diante de ação penal de iniciativa

privada. Nesse caso, o que se transfere à vítima ou ao representante legal é tão somente a prerrogativa de dar início ao processo, por meio da queixa-crime. Com isso, o particular detém a titularidade da pretensão acusatória, *ius accusationis*, exercendo o direito de ação, sem que haja a delegação do poder punitivo. (LOPES, 2013, p. 402)

O sopesamento entre a garantia fundamental de liberdade do indivíduo e o direito de aplicação de sanção penal, na hipótese de cometimento de delito, gera a prevalência desse segundo direito em relação ao primeiro, tendo em vista os objetivos de se ver resguardada a parcela social atingida pela desordem provocada pelo agente e de ser promovida a própria punição/correção do criminoso. Ressalte-se, no entanto, que o *ius puniendi* encontra limitação no próprio do Direito Penal objetivo. Desse modo, o Estado, a despeito de seu poder de império, não tem o condão de criar normas incriminadoras e sancionar os indivíduos de forma indiscriminada.

Como dito, a execução do crime é a válvula propulsora que transforma o direito abstrato e impessoal de punir em direito concreto voltado especificamente para a figura do delinquente. É nesse instante que o direito punir, *ius puniendi*, passa à figura da pretensão, que “é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio”. (CAPEZ, 2013, p. 622)

Assim, observa-se que o *ius puniendi* concreto estabelece relação de natureza jurídico-penal entre o ente estatal e o autor do delito. “De um lado, determina-se ao sujeito o dever de submeter-se à sanção penal, evitando obstaculizar os meios de sua aplicação; de outro, deve o Estado exercer seu poder de punir, impondo a sanção penal respectiva e realizando sua execução”. (JESUS, 2010, p. 17 -18)

O Estado é titular da pretensão punitiva, desde a execução do crime até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Após esse trânsito, o poder-dever de punir desenvolve a feição de *ius executionis*, que permite ao Estado a execução da penalidade fixada no decreto condenatório.

A imposição do *ius puniendi* e do *ius executionis* é feita por intermédio do Estado-administração, que é chamado à prestação jurisdicional. Isso se dá pois, “como o direito de punir é coação indireta, a pretensão punitiva tem de ser deduzida em juízo” (MARQUES, 1966, p. 314). Assim, pelos seus órgãos de persecução penal, com a observância do devido processo legal, e tendo por base os princípios limitadores do poder punitivo estatal, o Estado-juiz processa o acusado e executa a pena.

2.2 PUNIBILIDADE

2.2.1 Conceito

A prática do delito faz surgir relação concreta jurídico-punitiva entre o Estado e o delinquente. O direito de punir abstrato se materializa a partir do instante que o criminoso pratica a conduta prevista na norma incriminadora. Com isso, o Estado deve promover a persecução criminal para exercer seu direito de punir, que se encontra previsto de forma abstrata no preceito normativo.

Essa relação que se consolida entre o Estado-juiz e o criminoso é denominada punibilidade (LEMOS, 2007, p. 35). Nesse sentido, Aníbal Bruno (1978, p. 195) dispõe que “a prática de um fato definido na lei como crime traz consigo a punibilidade, isto, é a aplicabilidade da pena que lhe é cominada em abstrato na norma penal”.

Considerando que o delito é fato típico e antijurídico, a lição de Francesco Antolisei (1987, p. 642) ensina que a punibilidade é a possibilidade jurídica da imposição da sanção penal. Diante disso, o autor entende que a punibilidade não é elemento ou requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Ademais, não seria a punibilidade característica ou parte integrante da culpabilidade, que é pressuposto para a aplicação da pena.

Justamente por não integrar o conceito de crime e nem ser requisito, definindo-se como efeito jurídico consequencial da prática criminosa, que a ausência da punibilidade não apaga a existência do delito, que continua presente quando da ocorrência de todas as causas de extinção da punibilidade, ressalvadas as hipóteses de anistia e *abolitio criminis*.

O entendimento anterior é adequado à sistemática adotada pelo Código Penal brasileiro, que ao apresentar as causas de exclusão da ilicitude - art. 23 do CP -, utilizou da expressão “não há crime”. Isso demonstra que a ilicitude é parte integrante do conceito de delito, sendo que nos casos em que está é excluída, o resultado é, também, a exclusão do delito. Por outro lado, ao apresentar as excludentes de culpabilidade - art. 26 do CP -, o legislador fez uso do termo “é isento de pena”, que faz concluir que a culpabilidade é condição para a imposição de pena. O art. 107 do CP, no entanto, não detém nenhuma das expressões anteriores, sendo que a escolha feita foi a da frase “extingue-se a punibilidade”. Circunstância a indicar que o conceito de punibilidade é mais amplo que o de pena. (JESUS, 2010, p. 19)

Como apontado no início deste trabalho, a punibilidade é tema associado à pretensão punitiva, já que o Estado tem o direito de perseguir e punir o delinquente a partir da prática da infração penal. A relação entre esses dois conceitos é tão tênue que para alguns doutrinadores chega até mesmo a se confundir. Como exemplo, cita-se os ensinamentos de José Frederico Marques (1966, p. 313), segundo o qual “a punibilidade se confunde, do ponto de vista subjetivo, com a própria pretensão punitiva do Estado, uma vez que esta consiste justamente na exigência de punição”.

A despeito da aproximação conceitual descrita no parágrafo anterior, adotamos o entendimento de que antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, fala-se de pretensão punitiva, após o trânsito, passa-se à figura da pretensão executória, em que o Estado deve executar a pena fixada no édito proferido pelo magistrado. A punibilidade, por sua vez, é a forma de se efetivar a pretensão, tanto punitiva quanto executória, levando em consideração o regular andamento do processo, as causas de extinção e os prazos legais.

2.2.2 Causas extintivas da punibilidade

A pena não constitui elemento do delito, sendo na verdade consequência de seu cometimento. A sanção é, portanto, resultado da realização de fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, podem surgir circunstâncias que impeçam a imposição da aludida pena. Quando isso ocorre, estamos diante das chamadas causas extintivas da punibilidade, conceituadas por Fernando Capez (2013, p. 597) como “aquelas que extinguem o direito de punir do Estado”.

Acompanha esse doutrinador, Rogério Greco ao explicar que mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de política criminal, o Estado pode em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu *ius puniendi*. (2012, p. 692)

Nesse sentido, compreende-se que as causas extintivas da punibilidade não tratam do direito de ação, mas especificamente da perda do *ius puniendi* estatal. Senão vejamos o que transcreveu Bitencourt, ao citar Min. Francisco Campos, na exposição de motivos do CP de 1940:

O que extingue, antes de tudo, nos casos enumerados, no art. 180 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em Wegfall des staatlichen Staatsanpruchs). Dá-se, como diz Maggiorre, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do direito de punir do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a punibilidade do fato em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política. (2010, p. 802)

O Código Penal apresenta em seu art. 107 um rol não taxativo de causas que excluem a punibilidade. Porém, antes da análise desse dispositivo é relevante esclarecer que não se confundem essas causas com aquelas que excluem a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

De forma sucinta, a excludente de tipicidade está ligada à ausência de dolo ou culpa do agente, assim como se observa no art. 20 do CP. Na excludente de ilicitude, o indivíduo age com o respaldo de uma norma que autoriza sua conduta, exemplo é o caso da legítima defesa prevista no art. 25 do CP. Já nas excludentes de culpabilidade, há a isenção de pena, que se dá quando ausente qualquer elemento integrante da culpabilidade, a saber, imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude ou exigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, tem-se os art. 21 e 26 do CP.

Presentes as causas de extintivas da punibilidade, a consequência é o fim do processo sem o julgamento de mérito. São previstas as seguintes causas no art. 107 do CP:

Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Como já apontado, as causas de extinção da punibilidade do art. 107 do CP não são exaustivas. Existem diversas hipóteses capituladas em outros dispositivos penais, tais como o cumprimento do período de prova no *sursis* (art. 82 CP); livramento condicional (art. 90 CP); perdão judicial (art. 121 §5º CP); desistência voluntária; arrependimento eficaz (art. 15 CP); que também geram a extinção da punibilidade.

As causas extintivas, segundo Damásio de Jesus, podem advir de fatos ou atos jurídicos. “Quando a causa provém de um fato humano ou natural, fala-se em fato jurídico; quando provém de um comportamento humano tendente à extinção da punibilidade, cuida-se de ato jurídico” (2010, p. 24). É o que Mirabete e Fabbrini (2011, p. 370) classificam como causas de extinção gerais e causas de extinção especiais. No primeiro grupo, estão aquelas que podem ser verificadas em qualquer delito, como a morte do agente, prescrição, decadência. No segundo, incluem-se as que provém de um comportamento humano, como a retratação do agente, perdão do ofendido, perdão judicial.

Quanto ao momento de sua ocorrência, as causas extintivas da punibilidade podem se efetivar antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Observa-se, dessa forma, que o seu implemento se dá dentro do processo, conforme prevê o art. 61 do CPP, segundo o qual “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”.

Com isso, seguimos as lições de Rogério Greco, o qual explica que a declaração de extinção da punibilidade somente acontece após o início da ação penal, momento em que se fala de processo. Desse modo, caso ocorra a causa extintiva durante o inquérito policial, não deve o juiz declará-la, mas determinar seu arquivamento, após a ouvido o Ministério Público. (2012, p. 693)

A depender do momento em que se configura a causa extintiva da punibilidade, as consequências dela decorrentes variam, principalmente, no que tange à reincidência e os demais efeitos da sentença penal condenatória. Desse modo, quando a causa de extinção se efetiva antes do trânsito em julgado da sentença, resta prejudicada a reincidência do agente. Isso se dá pois, com a implementação da causa ocorre o afastamento da pretensão punitiva do Estado, de forma que não se produz diploma condenatório. Afasta-se, portanto, a aplicação do art. 63 do CP. Do mesmo modo, também não é possível que se execute, na esfera cível, qualquer valor referente à indenização, conforme prevê o art. 63 do CPP.

Diversa é a situação, quando a causa extintiva ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse caso, a reincidência e a possibilidade de execução dos danos na esfera cível se mantêm. Aqui já existe um diploma que condena o réu de forma definitiva, de sorte que a causa de extinção da punibilidade não atinge a pretensão punitiva, mas tão somente a pretensão executória. Todavia, é relevante destacar que essa regra possui três exceções, que são os casos de anistia, *abolitio criminis* e o decurso de tempo transcorrido desde a sentença.

Tanto a anistia (art. 107 II, primeira parte, CP), quanto a *abolitio criminis* (art. 107, III, CP) têm o poder de rescindir a sentença, apagando consequentemente os efeitos primários e secundários da condenação. Por isso, após a ocorrência dessas causas, acaso seja cometido novo delito, não será o agente considerado reincidente. Entretanto, não há o afastamento dos efeitos cíveis da sentença, que poderá ser executada normalmente.

Já no terceiro caso, o CP em seu art. 64 I afirma que não prevalece a reincidência se entre a data do cumprimento ou extinção da pena tiver transcorrido período superior a 5 anos. Disso conclui-se que se o réu praticar novo delito, após 5 anos de implemento da causa de extinção da punibilidade, não será considerado reincidente. Não apaga-se, porém, a condenação para fins de antecedentes penais que continuam existindo.

2.3 PRESCRIÇÃO

Concretizado o direito de punir do Estado, previsto abstratamente na norma incriminadora, surge a punibilidade: relação jurídico-punitiva. Todavia, não pode o Estado promover sua persecução penal e impor a sanção de forma indefinida no tempo. Daí surgem as causas de extinção da punibilidade, previstas no art. 107 CP e em demais dispositivos legais. Diante dessas causas, passaremos à análise do instituto da prescrição (art. 107 IV CP), que ocorre quando o Estado não consegue finalizar a persecução penal ou executar a sanção em obediência aos prazos fixados em lei.

2.3.1 Evolução histórica

A prescrição é tema que permeia o direito como um todo não deixando de atingir a disciplina penal. Esse instituto, no âmbito criminal, ganha ainda maior relevância, pois não só atinge aquele que comete o delito, mas também tem reflexos frente a população. Isso se dá, tendo em vista que a prescrição conjuga dois elementos importantes, a saber, a punição e o esquecimento.

A doutrina, de forma geral, aponta que a prescrição da ação penal¹ surge no Direito Romano, na tentativa de que o processo não se dilatasse *ad infinitum* em decorrência da abertura excessiva dos prazos.

O texto mais antigo sobre essa matéria do qual se tem notícia é a *lex Julia de adulteriis*, do século XVIII a.C., provavelmente nos anos de 1737. Essa lei fixou o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes nela previstos- adultério, estupro e lenocínio. Tal prazo estaria relacionado às festas lustrais, que associava a ideia de prescrição à ideia de perdão. (LEMOS, 2007, p. 1)

O desenvolvimento da prescrição se deu de forma lenta e gradativa, perdurando por séculos. Em Roma, foi estendida a possibilidade de configuração da prescrição para quase todos os crimes, mantidos fora desta lista aqueles considerados gravíssimos: parricídio, a apostasia e o parto suposto². A disseminação desse instituto no Direito Germânico, bem como no direito de outros povos, se deu de forma semelhante, sempre mantendo o respeito à regra de exclusão dos crimes com maior relevância social. Segundo Antônio Rodrigues Porto (1977, p. 36), “na idade média, revelou-se a tendência para exagerada redução dos prazos prescricionais, o que motivou enérgica reação, dando em resultado ser mais dificultada a ocorrência da prescrição”.

A prescrição da condenação é bem mais recente, tendo surgido na França com o Código Penal de 1791. Após sua criação, diversos outros Estados adotaram esse modelo, aplicado inclusive no Direito Eclesiástico. Todavia, não há unanimidade de aceitação desse instituto, como exemplo cita-se a Inglaterra que ainda repele sua aplicação.

No Brasil, a prescrição da ação foi inicialmente regulada pelo Código de Processo

1 O Legislador no Código Penal de 1940 trouxe correção terminológica, haja vista que anteriormente utilizava-se a expressão “prescrição da ação penal”, termo que não é adequado quando se fala de prescrição da pretensão punitiva. Nas palavras de José Frederico Marques (1966, p. 392): “Não é o direito de ação que prescreve, e sim, a pretensão punitiva, antes ou depois da condenação. No último caso, a prescrição atinge o título penal executório, pelo que se pode falar em prescrição da pretensão punitiva (art. 109) e em prescrição do título penal executório (art. 110)”.

2 Segundo o Mini Aurélio – O dicionário da língua portuguesa – **Parricídio** é o “assassinato do próprio pai”. (FERREIRA, 2008, 611)

Apostasia é o “abandono de crença, partido ou opinião (FERREIRA, 2008 p. 131). Ligada diretamente a questões de cunho religioso, o crime de apostasia é mais conhecido no Estado Islâmico, em que a pena de morte é a punição devida para aqueles que deixam a religião do Islã. Mais informações no artigo **Organização da Cooperação Islâmica (OIC), Apostasia, Blasfêmia, e a Difamação do Islão**. Disponível em: <<http://infelatenho.blogspot.ca/2012/03/organizacao-da-cooperacao-islamica-oic.html>> Acesso em: 15.5.2015

Parto suposto é, segundo o Código Penal Brasileiro, art. 242, “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: ([Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981](#))”.

Criminal de 1832, que tratava da matéria do art. 54 ao 57³. Posteriormente, esse Código foi alterado pela Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que passou a dispor sobre o tema nos artigos 32 ao 36⁴.

Da comparação entre os blocos de artigos, é possível observar que o instituto da prescrição foi sofrendo evolução relevante. O legislador se preocupou em delinear os prazos com espaços mais largos, bem como apontou, ainda que de forma primária, os primeiros marcos de interrupção. Assevera-se que a escolha, desde esse tempo, foi a de restringir os casos de imprescritibilidade. Isso se comprova quando do embate entre o art. 57 do Código de 1832 com o art. 36 da Lei nº 261/1841, visto que a obrigação de indenizar passou a estar sujeita à prescrição no prazo de 30 anos.

Em seguida, o Decreto nº 120, de 31 de janeiro de 1842, regulamentou a Lei nº 261/1841 e a prescrição passou a ser tratada do art. 271 ao 284. Esses artigos são uma compilação dos dois blocos anteriores. O legislador, nesse ponto, continuou desenvolvendo o tema, impondo mais causas de interrupção do prazo prescricional, tratando de questões mais descritivas, como por exemplo, a pessoa perante a qual se opõe a prescrição -chefe de polícia, delegado, subdelegado (art. 283); o momento em que se alega a ocorrência da prescrição (art. 276); quem é competente para julgar o pedido (art. 277). Assim sendo, a inovação aqui deteve faceta mais procedimental.

3 Primeiramente, esclarece-se que nas transcrições de todos os artigos do tópico “Evolução história” foi mantida a redação original dos textos.

Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido.

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.

Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.

Art. 57. A prescrição não se estende á indemnização, que poderá ser demandada em todo o tempo.

Código Processual Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em: 7.4.2015.

4 Art. 32. Os delictos em que tem lugar a fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes fôra do Imperio, ou dentro em lugar não sabido.

Art. 33. Os delictos que não admittem fiança prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Imperio: estando os réos ausentes em lugar não sabido, ou fôra do Imperio, não prescrevem em tempo algum.

Art. 34. O tempo para a prescrição conta-se do dia em que fôr commettido o delicto. Se porém houver pronuncia interrompe-se, e começa a contar-se da sua data.

Art. 35. A prescrição poderá allegar-se em qualquer tempo, e acto do Processo da formação da culpa, ou da accusação; e sobre ella julgará summaria e definitivamente o Juiz Municipal, ou de Direito, com interrupção da causa principal.

Art. 36. A obrigação de indemnisar prescreve passados trinta annos, contados do dia em que o delicto fôr commettido.

Lei nº 261/1841. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm> Acesso em: 7.4.2015.

A legislação do período do Império não admitia a prescrição da condenação. Assim dispunha o art. 65 do Código Criminal de 1830: “As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum.” Essa modalidade de prescrição foi instituída apenas após a proclamação da República, em 1890, pelo art. 4º do Decreto nº 774, de 20 de setembro⁵.

O Código Criminal de 1890, promulgado pelo Decreto nº 847 de 11 de outubro, passou a disciplinar prescrição da ação penal e prescrição da condenação nos art. 78 a 85, subordinando-as ao mesmo prazo prescricional, com teto máximo de vinte anos. Desses dispositivos já é possível que se depreenda alguns fundamentos e características da prescrição (que serão estudados com mais detalhes nos tópicos seguintes), tais como a interrupção do prazo pela reincidência do agente (art. 81), o caráter de matéria de ordem pública (art. 82).

Em 1932, por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro, foi aprovada e adotada a “Consolidação das Leis Penais”, que em matéria de prescrição, em seu art. 85, § 5º e 8º, inovou ao estabelecer como imprescritíveis o crime de moeda falsa e os crimes previstos nos art. 107 a 118.

Mais adiante em 1940, foi promulgado o novo Código Criminal, pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro, que passou a adotar nomenclatura diferente para os tipos de prescrição. Aquela que era chamada de prescrição da ação passou a ser nomeada de prescrição da pretensão punitiva. A outra denominada de prescrição da condenação passou a ser prescrição da pretensão executória. Os institutos eram regulados nos art. 109 a 118, sendo o art. 110, em seu parágrafo único, motivo de longas discussões no Supremo Tribunal Federal baseadas no tema da prescrição retroativa.

Em momento inicial, foi defendido que a prescrição retroativa dizia respeito à pretensão executória. Ocorria, no entanto, divergência sobre esse entendimento, sendo que o Ministro Nelson Hungria afirmava que a prescrição retroativa era tema atinente à pretensão

5 Art. 4º A pena prescreve, não tendo entrado em execução:

I. Si o réo estiver ausente no estrangeiro, pelo lapso de 30, 20 ou 10 annos, applicando-se a prescripção tritennaria á condemnação por 20 ou mais annos, a vicennal, á de menos de 20 até seis, a decennal, á de menos de seis annos.

II Si o réo estiver dentro do territorio brasileiro, pelo lapso de 20, 10 ou cinco annos, applicando-se a vicennal á condemnação de seis ou mais annos, a decennal á de menos de seis até dous, a quinquennal á de menos de dous annos.

Art. 5º A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescripção começará a correr novamente do dia da evasão.

Decreto nº 774/1890. Acesso em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 7.4.2015

punitiva. Durante algum tempo, essa posição foi até adotada, sendo editada a Súmula nº 146 do STF, segundo a qual, “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Esse embate somente veio a perder o objeto quando da reforma trazida pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que derogou o parágrafo único do art. 110 e acrescentou os parágrafos §§ 1º e 2º. Passou-se, então, a admitir que a para o reconhecimento da prescrição retroativa seria necessário o trânsito em julgado para a acusação.

Com o advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, foi mantida a nomenclatura da prescrição da pretensão punitiva e executória, reguladas pelos art. 109 a 119, sendo reconhecido que a prescrição retroativa diz respeito à pretensão punitiva.

Entre os estudiosos da prescrição também existe a discussão sobre a imprescritibilidade de determinados crimes. Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 trouxe inovação, tanto em relação às Cartas Constitucionais anteriores quanto ao próprio sistema penal, pois acrescentou como imprescritíveis o crime de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Direito (art. 5º XLII e XLIV).

Para os adeptos dessa visão, uma das justificativas utilizadas é a de que existem crimes, que em decorrência de sua altíssima gravidade e em face da violação de bem considerado relevante para o meio social, não são esquecidos pela sociedade com o passar do tempo, de modo que a punição se torna lição necessária.

Por outro lado, há aqueles que vislumbram a imprescritibilidade como algo atentatório à própria democracia e à Constituição. Assim escreve Francisco Afonso Jawsnicker:

A imprescritibilidade, tanto da pretensão punitiva como da pretensão executória, atenta contra o espírito da própria lei fundamental na medida em que proíbe a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, 'b'), assim considerada não somente aquela que é cominada, aplicada ou executada mas também toda a reação estatal contra o delito que configure uma **ameaça eterna** de sacrifício de bens jurídicos do infrator. (2008, p. 13, grifo do autor)

Independentemente do entendimento adotado, o que se deve ter em mente é que o Poder Constituinte originário estabeleceu duas exceções que não se incluem na regra da

prescrição. Desse modo, diante de tais crimes, não há que se falar em perda do direito de punir do Estado, que se estende no tempo de forma indeterminada, podendo o agente ser sancionado, a despeito de longa data corrida.

Assevera-se que mesmo diante das citadas exceções, a prescritibilidade é regra no Estado Democrático de Direito brasileiro, que segue a consciência internacional majoritária, repugnando a imprescritibilidade das infrações penais, inclusive por entender que a submissão do indivíduo ao poder de punir do Estado *ad infinitum* é forma de violação de garantias fundamentais, dentre elas, a razoável duração do processo e a segurança jurídica.

2.3.2 Conceito

O conceito de prescrição penal pode ser interpretado sob diferentes ângulos, de modo que não há perfeita unanimidade sobre sua definição.

Alguns penalistas enxergam a prescrição como sendo **a renúncia** ao direito de punir. Segundo os ensinamentos de Basileu Garcia (1978, p. 699), “a prescrição é a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo”. Nesse mesmo sentido, segue Giuseppe Maggiore (1972, p. 363), que fala em renúncia ou abdicação do Estado, quando finda seu poder punitivo, pelo decurso de prazo. Ainda sob essa ótica, Bento de Faria (1959, p. 215) aponta que a prescrição “representa a renúncia do Estado ao efetivo poder de punir”.

Outra corrente de doutrinadores adota o conceito de prescrição como sendo **a perda** do *ius puniendi*. Entendemos ser essa a conceituação mais correta.

De acordo com Fernando Capez (2013, p. 623), a prescrição é a “perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo”.

Rogério Greco (2012, p. 710) frisa que, a despeito da divergência entre os doutrinadores, “[n]a prescrição existe a perda do direito de punir, e não a renúncia ao direito de punir por parte do Estado”. Nesse sentido, explica:

O Estado pode renunciar ao seu exclusivo *ius puniendi* quando concede, por exemplo, a anistia, a graça e o indulto. Nessas hipóteses, embora podendo levar a efeito o seu direito de punir, o Estado dele abre mão, ao contrário do que ocorre com a prescrição, quando, mesmo querendo, não poderá exercê-lo. (2012, p. 710)

Semelhante crítica é feita por Sidio de Mesquita Júnior (2001, p. 70), segundo o qual, só se admite a renúncia quando o ato é feito pelo ofendido, de forma expressa ou tácita, com o objetivo de dispor do direito de exercer a iniciativa da ação penal. A prescrição, por seu turno, tem o condão de se concretizar independentemente da vontade estatal, fato esse que a diferencia da renúncia. Complementa José Frederico Marques (1966, p. 403), que essa renúncia, utilizada para conceituar a prescrição, “só pode ser entendida se focalizada no momento prelegislativo da norma penal, e não, no plano de sua aplicação após estar promulgada”.

Apesar de encontrarem fundamento no decurso do tempo, é importante lembrar que não se confunde o instituto da prescrição com a decadência e a perempção. Na decadência, ocorre a perda do direito de queixa ou de representação, em razão de o legitimado não ter tomado providências no prazo de seis meses, ou do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia, conforme prevê o art. 103 CP. A perempção, por sua vez, é sanção processual aplicável apenas nas ações de iniciativa privada. Ocorre quando o querelante devendo atuar, deixa de fazê-lo por mais de 30 dias; quando o querelante vem a falecer ou se torna incapaz e as pessoas autorizadas não se manifestam no prazo de 60 dias; pela ausência injustificada do querelante em ato que devia comparecer; quando o querelante, pessoa jurídica, for extinto sem deixar sucessor. Todas essas hipóteses estão previstas no art. 60 CPP.

Assim, na prescrição atinge-se diretamente a punibilidade, enquanto que na decadência e na perempção a punibilidade é inviabilizada de forma indireta, tendo em vista que nesses casos o que é afetado em primeiro momento é o direito de ação.

Diante das explicações anteriores, percebe-se que a prescrição conjuga dois elementos: a inércia do Estado e o decurso de tempo. Podemos então compreender que a não observância dos prazos fixados na legislação, caracterizada pela morosidade estatal, gera a perda do direito de punir, atraindo a chamada extinção da punibilidade, na figura da prescrição penal.

2.3.3 Natureza jurídica

A definição da natureza jurídica de um instituto tem relevância para que se compreenda em qual ramo do direito ele está localizado e, conseqüentemente, quais normas (de direito substantivo ou de direito processual) regulam sua aplicação.

Esse tipo de definição encontra funcionalidade prática, pois existem diferenças importantes sobre a disciplina das regras processuais e materiais. Na hipótese da prescrição, se as normas forem de direito processual, uma lei que amplie os prazos para a configuração da prescrição tem aplicação imediata, conforme prevê o art. 2º CPP. Acaso sejam de direito material, formulada norma mais gravosa, essa não retroage em prejuízo do réu, em homenagem ao princípio da reserva legal, disposto no art. 1º CP e art. 5º XXXIX CF.

Muito se discute sobre a natureza jurídica da prescrição. O fato de a matéria está localizada no Código Penal (art. 107) faz com que parte da doutrina afirme sua origem de direito material. Por outro lado, as consequências inevitáveis de sua declaração no âmbito do processo, fazem com que outra corrente de doutrinadores adote a posição de direito processual. Em postura mais amena, surge terceira via que admite ser a prescrição pertencente tanto ao direito material quanto ao direito processual, apresentando, portanto, caráter misto. Passemos à análise mais detida desses modelos.

Os adeptos da corrente processualista enxergam a prescrição como uma maneira de impedir o início ou o andamento do processo. Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 33), para os que assim entendem, em face da prescrição “subsiste o direito de punir do Estado, não atingido pelo decurso de tempo”. Nesse caso, enfatiza-se os efeitos que longos períodos causam sobre as prova, trazendo maiores dificuldades para a persecução penal, tendo, por isso, reflexos processuais latentes. Segundo Antônio Rodrigues Porto (1977, p. 29), são defensores desse modelo Carnelutti e Lourié.

Para os que entendem a prescrição como puramente de direito material, esse instituto constitui a perda do *ius puniendi* pelo decurso do tempo. Grande parte da doutrina adota essa posição, entre eles Cezar Bitencourt, Fernando Capez, Antônio Porto. De acordo com esses penalistas, a prescrição pertence ao direito material, a despeito de suas consequências imediatas refletirem no processo penal. Asseveram que sendo a pretensão punitiva disciplina do direito material sua extinção não poderia ter outra natureza.

Como dito anteriormente, compreender que o ordenamento jurídico brasileiro encara a prescrição como sendo tema de direito material tem implicações práticas, entre elas, por exemplo, a que diz respeito à contagem do prazo, em que considera-se o dia do início para o seu cômputo, assim como dispõe o art. 10 do CP.

Por fim, a corrente mista, tentando solucionar a discussão sobre causa de direito material e efeito de direito processual, posicionou a prescrição no limite entre as duas disciplinas. Faz sentido o argumento desses penalistas, na medida em que a prescrição

envolve tanto a dificuldade para a instrução probatória, que diz respeito ao processo, quanto os objetivos da sanção, os quais são perdidos paulatinamente com o decurso do tempo, e tratam de direito material. Segundo Ricardo Teixeira Lemos:

Efetivamente, se conclui que a prescrição é instituto que pertence aos dois ramos do direito, material e processual, daí o seu caráter misto. Havendo a prescrição o Estado perde o direito da persecução penal, a prescrição é um pressuposto negativo que impede o avanço da ação penal. Se a prescrição ocorre antes da sentença, não se julga o mérito, não julga o pedido procedente ou improcedente, o juiz declara extinta a punibilidade e põe fim ao processo [...]. **A prescrição é massa cinzenta que se situa entre o Direito Penal e Processual Penal, e não apenas um dos ramos, tanto que vem regulamentada nos dois ramos do direito de forma adequada.** (2007, p. 28, grifo nosso)

Não nos parece totalmente correta a definição apresentada pelo autor e, diante das conceituações anteriores, perfilhamo-nos à teoria jurídico-material, que entende a prescrição como instituto de direito penal, sem esquecer dos claros reflexos na esfera processual. Nesse sentido, concordamos com o ponto de vista adotado por Sidio de Mesquita Júnior quanto a crítica seguinte:

A opção pela teoria mista pode induzir o leitor a, equivocadamente, acreditar que a prescrição se encontra aparentemente em uma zona neutra, entre os ordenamentos jurídicos material e formal. Entretanto, conforme preleciona Manzini, a distinção entre normas de direito material e de direito processual se mantém e se apresenta nítida a quem quer que tenha reto sentido jurídico. **Realmente, o fato de um instituto jurídico ter natureza mista não quer dizer que o mesmo não pertença a nenhum dos ramos do direito**, permanecendo em zona cinzenta, neutra, indefinida, entre o direito material e o direito processual. (2001, p. 72, grifo nosso)

Além de ser instituto de direito material, a prescrição também se caracteriza por ser questão de ordem pública, o que permite que seja declarada de ofício pelo magistrado, bem como a partir do requerimento pelo Ministério Público ou pelo interessado. Constitui preliminar de mérito, de modo que se for percebida sua ocorrência, o magistrado não poderá enfrentar o mérito da causa. Diante disso, deverá ser proferida sentença declaratória da extinção da punibilidade.

A natureza jurídica da prescrição é melhor compreendida quando se estuda os fundamentos jurídicos desse instituto. Por isso, faremos essa análise no próximo tópico.

2.3.4 Fundamentos jurídico-políticos

O Estado detém o direito de aplicar punição quando violada norma penal. Esse direito está consubstanciado no binômio utilidade-necessidade. A sanção promovida pelo ente estatal deve produzir efeitos úteis para o delinquente e para a sociedade, bem como deve ser o último/único meio adequado para a almejada correção do agente. Faltando algum desses elementos, evidencia-se o desaparecimento da utilidade, sendo desnecessária a aplicação da pena⁶.

Como é sabido, a prescrição é causa da extinção da punibilidade, sendo que sua legitimidade é pautada em alguns fundamentos principiológicos e políticos. Abaixo faremos breve explicação das principais teses justificadoras do instituto.

Teoria do esquecimento: A passagem do tempo é fato capaz de gerar, senão o total esquecimento, pelo menos o enfraquecimento da memória humana. Essa presunção leva à conclusão de que finda-se para o Estado a obrigatoriedade de uma reação contra o crime praticado, a partir da decorrência de certo lapso temporal.

A desordem criada pelo criminoso na órbita social, quando da prática do delito, é o que fundamenta a intervenção do Estado-juiz para que seja reprimido o crime e punido o agente. Por isso, o decurso de prazo sem qualquer movimentação estatal gera o progressivo esquecimento do fato, levando a ausência de interesse na aplicação da sanção.

Nesse sentido, observa-se que essa teoria está intimamente ligada à falta de interesse de agir, que é fundamento de ordem processual referente a uma das condições da ação. Com o decurso do tempo, as funções da pena, seja a de prevenção geral ou especial, perdem sua eficácia, não tendo significado a punição do réu, já que é absolutamente inútil, por não haver mais consciência política do fato ocorrido. Exemplo prático dessa tese é dado por Ricardo Teixeira Lemos:

Isto nos faz lembrar um júri que ia realizar onde foi contatado familiar da vítima, como já havia mais de vinte anos, eles apresentaram absoluto desinteresse devido ao

6 Melhor explica os efeitos da pena o autor Rogério Greco (2012, p. 692). Ele ensina que “é certo que, quando alguém pratica determinada infração penal, o Estado sofre, mesmo que indiretamente, com esse tipo de comportamento, devendo, outrossim, punir o infrator para que este não volte a delinquir (efeito preventivo especial da pena), bem como para que os demais cidadãos não o tomem como exemplo (efeito preventivo geral da pena) e venham também a praticar crimes em virtude da sensação de impunidade que gera quando alguém, mesmo tendo transgredido a lei penal editada formalmente pelo Estado, não sofre qualquer reprimenda”.

tempo. Foi bom eles não comparecerem porque mais uma vez o júri não se realizou. Ficou claro que a família do morto queria por tudo esquecer aquilo. (2007, p. 29 - 30)

Teoria da emenda: A pena tem esvaziada sua finalidade quando conjugados o largo decurso de tempo e a inércia do Estado. O caráter punitivo e retributivo da sanção, aliados à sua vontade de prevenção geral e especial, restam satisfeitos quando o réu não volta a delinquir. Tal fato confirma a expectativa de que o agente, por si só, alcançou progressivamente o objetivo da reinserção social, gerando a conclusão de que o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso.

Historicamente, os sectários da escola positivista, afirmavam que a prescrição deveria ser reconhecida somente quando o indivíduo não fosse considerado perigoso. Desse modo, deveria ser feito acompanhamento pessoal e individual com cada um dos criminosos, a fim de se concluir pela sua real regeneração.

Antonio Rodrigues Porto ao citar Garofalo, descreve a teoria positivista segundo a qual, a prescrição apenas deveria ser admitida quando o criminoso comprovasse, por meio de sua conduta, que já não era mais um elemento antissocial. Assim sendo, a prescrição deveria ser concedida segundo o caso concreto, sempre observada a defesa da ordem social. Porto continua a explanação descrevendo:

O projeto italiano de 1921, de Ferri, contém expresso o pensamento o positivista: o decurso do tempo não é suficiente para o reconhecimento da prescrição; deve ter desaparecido a periculosidade. Assim estariam excluídos da prescrição os criminosos habituais, os de tendência congênita e os enfermos mentais. Por isso, o projeto não admitia a prescrição da condenação para os condenados à prisão perpétua ou por tempo indeterminado, ou ao manicômio. (1977, p. 25)

O modelo adotado pelos positivistas merece fortes críticas. A tese construída pelos adeptos dessa corrente levam o pensamento da origem do crime e do criminoso diretamente a Lombroso, principalmente, quando se fala em “criminosos habituais e de tendência congênita”.

A definição de periculosidade e de sua cessação são conceitos muito largos, sem fundo científico sólido, que não se adéquam à contemporaneidade. Salientamos que essa crítica bem se aplica nos dias atuais, ainda que pareça um tanto quanto paradoxal. Isso dizemos por conta das milhares de decisões judiciais que se pautam justamente na presumida periculosidade do

agente para, por exemplo, fundamentar a manutenção de prisões preventivas.

Retornando aos positivistas, para eles a prescrição não seria um direito do réu, baseado no decurso de tempo e inércia do Estado. Aqui o caso seria muito mais de concessão de um benefício, pautado em requisitos subjetivos e ligados à discricionariedade do julgador.

A faceta mais moderna da teoria da emenda traz solução aparentemente mais adequada do que aquela que se resumia tão somente ao fim da periculosidade do criminoso. Se por um lado entende-se que o decurso do tempo leva à correção do agente, por outro, a presunção de readequação pode ser elidida, se o réu reitera na prática de crimes. Isso demonstra, pelo menos a primeira vista, que o lapso temporal caracterizador da inatividade do ente estatal não foi suficiente para que agente conseguisse se emendar. Atento a esses casos, o legislador penal admitiu a reincidência como causa de interrupção do prazo da prescrição da pretensão executória, consoante prevê o art. 117 VI CP.

Teoria psicológica: O passar do tempo transforma o indivíduo, porque altera a constituição psíquica do culpado. Nesse sentido, elimina-se o nexó psicológico entre o fato e o agente, de modo que a sanção tardia leva à punição de outro indivíduo, já que o tempo fez mudar a mentalidade daquele que praticou o delito.

Segundo Francisco Afonso Jawsnicker, por essa teoria não deve ser punido o criminoso, pois eliminado o nexó “a punição perde seu valor e seu objetivo, porque deve ser aplicada quando o crime ainda estiver presente no espírito do réu e da sociedade, sob pena de não ter efeito algum”.(2008, p. 41)

Teoria da expiação moral: Os adeptos dessa corrente fundamentam a teoria na presunção de que o criminoso tem a expiação de sua culpa após largo espaço de tempo. Dessa forma, teria o agente cumprido suficientemente sua culpa pela angústia e remorso decorrentes da prática do delito.

Os críticos entendem essa presunção como descabida e arbitrária. A pena não estaria totalmente compensada pelo suposto sofrimento moral do réu. Ademais, a teoria da expiação moral resumiria a sanção a uma única função, qual seja, repressiva, deixando de acolher a função preventiva. Com isso, o viés ressocializador e de prevenção social seriam negligenciados.

Teoria da dispersão das provas: O decurso do tempo enfraquece o suporte probatório. A investigação criminal exige, muitas vezes, a coleta de provas que vão sendo perdidas com a passagem do tempo. Esse fundamento, que possui caráter processual penal, traduz a dificuldade de se levar a cabo uma investigação criminal quando não se tem mais

vestígios ou provas intactas. Além de denunciar a maior dificuldade para a construção da defesa do acusado e de uma sentença justa.

Destaca-se que esse fundamento só encontra utilidade no caso da prescrição da pretensão punitiva, pois a ocorrência da prescrição da pretensão executória exige sentença condenatória irrecorrível a indicar que toda a prova já foi previamente produzida.

Os que criticam a teoria da dispersão das provas afirmam que a tese seria apenas secundária. Para eles a dificuldade de se colher indícios do crime não deve ser motivo suficiente para a impunidade ou não-sanção do agente. Segundo Antonio Rodrigues Porto, “efetivamente, a variedade dos prazos prescricionais infirma esse fundamento, pois é impossível determinar antecipadamente as épocas precisas do desaparecimento das provas de cada delito. E a medida desse desaparecimento pela gravidade dos crimes não seria racional”. (1977, p. 22 - 23)

As teorias acima citadas não constituem rol exaustivo, na verdade, com elas buscou-se apresentar apenas algumas das teses com maior relevância e repercussão na doutrina penal.

De todo modo, diante de tais teorias é possível que se depreenda tríplice fundamento da prescrição pautada no decurso do tempo, na correção do condenado e na negligência da autoridade. (JESUS, 2010, p. 34)

Pelo decurso do tempo se enxerga a perda de interesse estatal na aplicação da pena, tendo em vista a quebra do nexo psicológico entre o fato e agente; a dispersão das provas, tornando muito mais difícil a solução do caso concreto e a defesa do acusado; o esquecimento das partes envolvidas e da própria sociedade em relação aos fatos ocorridos. Ademais, possibilidade de punição sem termo final afronta a própria segurança jurídica, pois submete o agente ao poderio estatal sem qualquer reserva.

Da mesma forma, a passagem do tempo sem o cometimento de delito faz presumir que houve a expiação moral ou que o réu emendou sua conduta. Assim, é despicienda a aplicação da pena, que perde sua eficácia já que não apresenta a finalidade da prevenção geral ou especial.

A ausência da correta observância pelo Estado do tempo razoável para o início e posterior andamento da persecução penal deve ser de alguma forma punida. O Estado deve arcar com sua negligência, sendo a prescrição uma forma de punição decorrente da inércia ou demora.

3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO PENAL E O TERMO INICIAL

O trânsito em julgado da decisão condenatória é o marco que transforma o *ius puniendi* concreto, que é o poder-dever de punir do Estado após a prática do crime, em *ius executionis* (*ius punitiois*). Com isso, converte-se a pretensão punitiva em pretensão executória, sendo que dessa diferenciação decorre a classificação da prescrição em duas espécies: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

Essas modalidades de prescrição serão brevemente estudadas no decorrer do presente capítulo. O objetivo inicial é o de se esclarecer o momento de transformação da prescrição punitiva em executória. Posteriormente, será feito o estudo específico do termo inicial da prescrição executória, demonstrando sua relevância para o mundo jurídico e apresentando o posicionamento atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Prescrição da Pretensão Punitiva: noções gerais e subespécies

A prescrição da pretensão punitiva pode ser conceituada como a perda do poder-dever de punir do Estado pelo decurso de lapso temporal previsto em lei. Esse tipo de prescrição só ocorre **antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

Como estudado, no tópico dos fundamentos jurídico-políticos da prescrição, existem diversas justificativas para o implemento desse instituto, entre elas, a emenda do criminoso e a perda das funções da pena. Assim, a falta de interesse do Estado, caracterizada pela sua morosidade, gera a extinção da punibilidade, apagando a possibilidade de se ver julgada a pretensão punitiva e de ser implementada a pena abstratamente prevista.

Por não compor o conceito de crime (fato típico, antijurídico e culpável), a prescrição punitiva não tem o condão de excluir a existência do delito, todavia, produz efeitos relevantes na esfera penal e civil, haja vista que “a prescrição pelo máximo cominado em abstrato é equiparada, em suas consequências penais, à declaração de inocência”. (PORTO, 1977, p. 39)

Desse modo, se as investigações ainda estiverem na fase inquisitorial: o inquérito

policial poderá ser trancado; se a fase for a judicial: interrompe-se a persecução penal em juízo. Nesse sentido, a declaração da prescrição tem como consequência a impossibilidade de aplicação da futura pena ou medida de segurança, sendo que o réu da ação penal em que for reconhecida manterá sua condição de primário e não terá anotações que desabonem seus antecedentes criminais⁷. Portanto, são afastados todos os efeitos primários e secundários advindos da condenação.

Na esfera cível poderá existir a responsabilização do infrator pelos danos causados, consoante prevê o art. 67 II CPP, segundo o qual, “não impedirão igualmente a propositura da ação civil: a decisão que julgar extinta a punibilidade”. No entanto, como só é considerado título executivo judicial, no juízo cível, a sentença condenatória transitada em julgado (art. 584 II CPC), a responsabilidade civil do agente pelo ilícito deverá ser declarada em ação de conhecimento.

Como é matéria de ordem pública, a prescrição da pretensão punitiva pode ser reconhecida, como dito anteriormente, tanto na fase do inquérito policial quanto na ação penal. Desse modo, a autoridade competente – na hipótese, o juiz criminal e não do delegado de polícia, por expressa previsão legal (art. 61 CPP) - deve, de ofício ou mediante requerimento da qualquer das partes, declará-la.

Salienta-se que o magistrado que condena o réu não pode, posteriormente, declarar a prescrição, pois a sentença é o marco para o fim de sua atividade jurisdicional. Nesse sentido, Fernando Capez acrescenta que, “não pode ele mesmo dizer que o Estado tem o direito de punir (condenando o réu) e, depois, afirmar que esse direito foi extinto pela prescrição”. (2013, p. 626)

Assevera-se que, em razão da relevância dos efeitos decorrentes desse instituto, é possível a impetração de *habeas corpus*, com a finalidade de que seja reconhecida a sua implementação⁸. Isso se dá pois, configura-se patente ilegalidade o andamento de qualquer persecução penal contra o infrator, quando não é mais possível que o ente estatal venha a

7 O STJ já pacificou o entendimento de que as anotações referentes a inquéritos policiais e ações penais, por analogia ao disposto no art. 748 do CPP, não devem ser mencionadas nas Folhas de Antecedentes Criminais e em certidão extraída dos livros do juízo, quando da ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. O acesso a esses dados poderá ser requisitado apenas pelo juiz criminal, quando entender necessário. Nesse sentido, o precedente STJ - RMS nº 29.273-SP, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. 6ª T. Dje 19.10.2012.

8 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que não é cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, na busca de racionalizar o uso do remédio constitucional. Todavia, admite a concessão da ordem de ofício, a despeito do não conhecimento do *writ*, em caso de flagrante ilegalidade, decisão teratológica e abuso de poder. Nesse sentido é o precedente STJ – HC nº 105.075-SP. Min. Rel. NEFI CORDEIRO. 6ª T. Dje 06.04.2015.

impor sanção, já que encontra-se impedido de realizar análise de mérito e concluir pela culpa ou inocência do acusado.

A reforma do CPP, trazida pela Lei nº 11.719/2008, permite que o juiz absolva sumariamente o réu, quando presente alguma das hipóteses do art. 397 CPP, dentre as causas de absolvição, o inciso IV inclui a extinção da punibilidade do agente. Todavia, compreende-se que a redação apresentada no diploma legal não é a mais adequada.

O reconhecimento da prescrição impossibilita o julgamento do mérito da causa. Desse modo, a extinção da punibilidade, pela prescrição, não gera a absolvição do réu, apesar de ter efeitos semelhantes. O que ocorre não é o reconhecimento do estado de inocência do acusado, mas sim, a extinção do direito de punir do ente estatal. Portanto, não deve ser feita a interpretação literal do art. 397 IV CPP, pois, mais congruente é a interpretação sistemática dos art. 61 *caput*, art. 397 IV e art. 581 VIII e IX CPP, para que se concluía, acreditamos, acertadamente, pelo entendimento de que a decisão que dispõe sobre a prescrição tem caráter declaratório, podendo ser proferida a qualquer tempo.

No que tange à contagem do prazo prescricional, conforme estudado no capítulo anterior, adotamos a posição de que o instituto tem a natureza jurídica de Direito Penal, devendo, pois, ser aplicada a regra do art. 10 CP, computando-se o dia do começo e levando-se em consideração a contagem dos anos pelo calendário comum.

Cabe esclarecer que, em relação ao cômputo dos prazos, os doutrinadores que adotam a posição de que a prescrição possui natureza jurídica mista, material e processual, admitem que deve ser aplicada a regra mais favorável ao réu.

O aparente embate se dá pois, o art. 798 § 1º CPP desconsidera o dia do início e inclui o dia do final. Já o art. 10 CP dispõe que deve ser incluído o dia do início. Nesse sentido, Sídio de Mesquita Júnior, incluído nesse grupo de doutrinadores, escreve que, “mais correta é a orientação doutrinária, hodiernamente unânime, que entende que deve ser aplicada a regra contida no art. 10 do CP”. (2001, p. 77)

Por fim, a prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição abstrata, prescrição retroativa e prescrição intercorrente. Essa diferenciação é feita levando em consideração o momento processual em que o ente estatal perde o poder de aplicar a sanção e o critério para o cálculo do prazo. A seguir será feita a diferenciação entre cada uma dessas subespécies.

Prescrição da pretensão punitiva abstrata: Também denominada prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, essa subespécie de prescrição é a “que se regula pelo

máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração legal” (JAWSNICKER, 2008, p. 51). Ela é assim denominada, em razão da inexistência de decreto condenatório e, portanto, de pena concreta para que se calcule a incidência do instituto.

O art. 109 CP⁹ é o dispositivo norteador da prescrição em geral, aplicando-se, consequentemente, a essa subespécie. Nesse sentido, o legislador foi cauteloso ao diferenciar os lapsos temporais, levando em consideração a pena máxima de cada delito. Assim sendo, quanto menor a pena, menor é o prazo para a imposição da prescrição e vice-versa.

Para calcular o prazo prescricional, primeiramente, deve ser observado o máximo da pena privativa de liberdade cominada à infração. Ressalte-se que na definição de pena máxima devem ser incluídas as causas de aumento e diminuição previstas no Código Penal. Assim, como o instituto leva em consideração o interesse público, aplica-se sempre o valor de aumento máximo e o valor de diminuição mínimo.

Para a fixação da pena máxima abstrata, todavia, não se deve considerar as causas de aumento referentes ao concurso formal de crimes (art. 70 CP) e crime continuado (art. 71 CP), isso por força da determinação do art. 119 CP, o qual impõe que a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos delitos de forma isolada. Ademais, também são irrelevantes e devem ser desconsideradas, pois não influem no cálculo prescricional, as agravantes e as atenuantes genéricas.

Prescrição da pretensão punitiva retroativa: Existem hipóteses em que o Código Penal admite o cálculo da prescrição não com base na pena máxima abstratamente fixada no diploma legal, mas levando em consideração a pena estabelecida no édito condenatório. Nesses casos, dotados de caráter excepcional, calcula-se o prazo para a prescrição punitiva com o mesmo critério utilizado para a prescrição executória, a saber, a pena concretizada na sentença.

O fundamento para que seja feito esse tipo de contagem está na ideia de que o cálculo deve levar em consideração a **pena justa**. Aqui se exige que a decisão já tenha transitado em

⁹ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\)](#).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. [\(Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010\)](#).

julgado para a acusação. Tal requisito se faz necessário, pois ainda que a pena concretizada na sentença seja recorrível, portanto, suscetível de alteração com o trânsito em julgado para o órgão acusador, não há como ser exasperada a sanção. Desse modo, entende-se injusto o cálculo que tem por base a pena máxima, já que mesmo com possível recurso defensivo, a acusação já estaria conformada com a pena estabelecida.

É importante destacar que, a despeito de ser exigível o trânsito em julgado para o acusador, é possível que se estabeleça o prazo prescricional com base na sentença, quando ainda pendente recurso dessa parte. Como exemplo, imaginemos uma apelação do Ministério Público que não tenha o objetivo de aumentar a pena, mas tão somente alterar o seu regime inicial de cumprimento. Nesse caso, o recurso não possui relevância para cômputo do prazo prescricional, podendo esse ser pautado na pena do decreto condenatório.

Por outro lado, ressalva-se que mesmo diante de recurso que vise majorar a pena, ainda sim é possível decretar a ocorrência da prescrição. Suponhamos que o querelante interponha recurso objetivando exasperar a pena de 8 anos para 9 anos, o prazo para a prescrição não é alterado, permanecendo 16 anos (art. 109 II CP), de modo que subsiste o cálculo com base na pena recorrível.

A prescrição retroativa é resultado de construção jurisprudencial, sendo que seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro teve como resultado a edição da Súmula nº 146 do STF, com a seguinte redação: “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

O entendimento firmado pelo STF teve como fundamento o antigo parágrafo único do art. 110 do Código Penal de 1940, segundo o qual, na ausência de recurso da parte acusadora, a pena fixada serviria de base para a prescrição. A partir da redação dessa norma, o STF começou a adotar a interpretação de que era possível a contagem do prazo prescricional, com data anterior ao recebimento da denúncia.

Após passar por uma série de modificações, o instituto recebeu nova modelagem com a Lei nº 12.234/2010, que, ao revogar o §2º do art. 110 CP, vedou a contagem da prescrição retroativa entre a data do fato criminoso e a data do recebimento da denúncia.

Atualmente, define-se a prescrição retroativa como sendo aquela que é calculada com base na sentença recorrível fixada pelo magistrado, com trânsito em julgado para o Ministério Público ou querelante (não se esquecendo das observações feitas anteriormente em relação à pendência de recurso da parte acusadora), contada da data do recebimento da denúncia até a data da publicação da decisão (sentença ou acórdão) recorrível.

Prescrição da pretensão punitiva intercorrente: também chamada de subsequente ou superveniente, é aquela calculada com base na sentença condenatória recorrível.

A primeira vista, é possível que se confunda a prescrição intercorrente com a prescrição retroativa, haja vista a aproximação conceitual entre as duas subespécies. Todavia, a diferença desses dois modelos está, justamente, na direção para onde corre o prazo prescricional.

Na prescrição retroativa, assim como já induz o nome, o prazo é contado para trás, ou seja, da data da decisão condenatória com o trânsito em julgado para a acusação até o recebimento da denúncia. Na prescrição intercorrente, por seu turno, o cálculo é feito contando-se para a frente, desse modo, computa-se o prazo da data da decisão condenatória com trânsito em julgado para a acusação até o trânsito em julgado definitivo (para as duas partes).

Nesse sentido, são três os pressupostos da prescrição intercorrente, o primeiro é a inoccorrência da prescrição abstrata e retroativa. Assim, observa-se que o cálculo dessa subespécie de prescrição deve ser o último a ser feito. Em segundo lugar, deve haver uma sentença condenatória. Por fim, a decisão deve ter transitado em julgado para a acusação ou deve ter havido o desprovimento do seu recurso.

Aqui, também, consideramos aplicável o entendimento de que, mesmo pendente o recurso da acusação, implementa-se a prescrição com base na sentença proferida, quando a interposição não tiver por objetivo o aumento da pena e, se esse for o caso, que o aumento não interfira diretamente no prazo prescricional.

3.2 Prescrição da pretensão executória

O Estado—juiz, por meio do processo penal, estabelece a pena que o réu deverá cumprir em razão da infração cometida. Como já explicitado em momentos anteriores, o cometimento do delito é o que faz o direito abstrato de punir transformar-se em direito concreto. Todavia, mesmo com todo o desenvolvimento de longa persecução penal, pode o ente estatal perder o direito de efetivamente impor a reprimenda pelo decurso do tempo. Nesse caso, estamos diante da prescrição da pretensão executória.

O trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes é o marco inicial dessa espécie de prescrição. Salienta-se que a condenação, para fins prescricionais, se

dá quando as partes (acusação e defesa) não recorrem tempestivamente ou quando não é mais cabível recurso. É a partir daí que se fala de *ius executionis* e não mais de *ius puniendi*, modificando-se a própria natureza da espécie da prescrição.

Antonio Rodrigues Porto bem descreve esse momento de passagem, ao esclarecer que “são diferentes, pois a cessação e a interrupção. Nesta recomeça a correr novo prazo, mas a prescrição ainda é da mesma natureza; naquela, também se reinicia o prazo prescricional, mas há a substituição da prescrição que decorria, por outra de natureza diversa”. (1977, p. 130)

O art. 110 *caput* CP¹⁰ é o dispositivo que trata da prescrição executória, a qual é regulada pela pena fixada na decisão condenatória. Assim, apesar de diferenciar da prescrição punitiva propriamente dita, que é observada segundo a pena abstrata do tipo penal, a prescrição executória aproxima-se da prescrição punitiva na modalidade retroativa e intercorrente.

Todavia, ressalta-se que não há como se confundir todas essas espécies, pois, em primeiro lugar, a prescrição punitiva somente persiste antes do trânsito em julgado definitivo, ao passo que a prescrição executória tem início após tal trânsito. Em segundo lugar, na prescrição punitiva (retroativa e intercorrente), o prazo prescricional é calculado com base na pena justa, aquela que a parte acusadora já se conformou. Na prescrição executória, por seu turno, o fundamento para o cômputo do prazo é a pena definitiva não mais sujeita à alteração.

Quanto aos efeitos, mais distante fica a prescrição executória daquela que a precede. Nesse caso, a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição executória tem o condão de afastar a execução da sanção ou medida de segurança (art. 96 parágrafo único CP), permanecendo intactas, entretanto, as consequências secundárias da condenação. Portanto, há o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, subsiste o dever de pagamento das custas judiciais, a decisão condenatória serve como título judicial para a posterior execução no juízo cível e a condenação é avaliada para fins de reincidência¹¹.

Em síntese, para se avaliar a ocorrência da prescrição da pretensão executória deverá ser observada a existência de decisão condenatória irrecorrível, além da não satisfação da execução pelo ente estatal.

10 Art. 110 CP - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

11 Ressalte-se que o acréscimo de prazo pela reincidência só pode ser aplicado no caso de pena privativa de liberdade e na hipótese da prescrição executória. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 220-STJ: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

3.3 Termo inicial da prescrição da pretensão executória

Do estudo anterior sobre as espécies de prescrição penal, é possível concluir que a contagem do prazo para a incidência da prescrição da pretensão punitiva se encerra com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Após esse momento processual, inicia-se a prescrição da pretensão executória ocorrendo, essencialmente, a mudança da natureza da espécie do instituto.

Relevante, agora, é a análise sobre o termo inicial da prescrição executória, haja vista que existe certa divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobre a aplicação da primeira parte do art. 112 I CP, segundo o qual “no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I – **do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou livramento condicional”. (grifo nosso)

Compreender a fundo a prescrição e os seus prazos de início, término, suspensão e interrupção é de suma importância, pois esse é um instituto limitador do direito de punir do Estado. De forma mais específica, é com a prescrição executória que o ente estatal deixa de ter a possibilidade de impor a sanção já fixada pelo juízo criminal.

Ora, é possível interpretar que a ausência de imposição de sanção, pela morosidade do Estado em executar a decisão condenatória, é um grande desrespeito aos princípios norteadores do direito penal e do processo penal, entre eles, o princípio da duração razoável do processo, da celeridade, da presunção de inocência. Nesse sentido, a análise do termo inicial da prescrição executória não tem um fim em si mesmo. Na verdade, o que se busca é deixar claro o momento a partir do qual o Estado-juiz deve começar a “correr”, o mais rápido possível, para que após longo decurso processual -abarroado de provas, decisões e recursos-, não venha o infrator ficar sem pena, gerando aquela tão conhecida sensação social de impunidade, expressa no jargão “ganha mas não leva”.

O tema do termo inicial da prescrição executória vem causando tanta inquietação na seara penal, que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 848.107/DF, reconheceu a repercussão geral do debate pelo Plenário Virtual da Corte.

Não se ouvida que o Superior Tribunal de Justiça é o órgão do poder judiciário que possui a missão de zelar pela uniformidade de interpretação da legislação federal do

ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, é de responsabilidade desse Tribunal julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses em que a decisão recorrida contrariar lei federal ou negar-lhe vigência, bem como der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal, consoante prevê o art. 105 III alíneas *a* e *c* da CF.

Todavia, o STF entendeu que é competente para o julgamento da matéria, em razão da densidade constitucional dos argumentos utilizados pela parte recorrente. Nesse sentido, para a melhor compreensão da controvérsia, será realizada a exposição da dinâmica processual desde a impetração do recurso até o reconhecimento da repercussão geral.

No processo em que figura como recorrido o senhor Edson Rodrigues de Oliveira, representado pela Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), com fundamento no art. 102 III *a* CF, interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) que, em sede de agravo em execução, desproveu o recurso ministerial, por entender que o termo inicial para a contagem da prescrição executória começa a correr a partir do trânsito em julgado da sentença para a acusação e não para ambas as partes.

No julgado, o Tribunal fundamentou que a tese defendida pelo MPDFT, na verdade, levaria a criação de novo marco interruptivo para o prazo prescricional, prejudicial ao réu, fato esse que não seria compatível com o direito penal mínimo e garantista¹². O acórdão foi assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DESPROVIMENTO.

I - Segundo dispõe o art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, não sendo cabível considerar como termo inicial do prazo prescricional a data do trânsito em julgado definitivo, sob pena de eleger termo interruptivo não previsto em lei.

II - Verificada a ocorrência de causa extintiva de punibilidade, deverá o Juiz ou Tribunal declará-la de ofício, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.

III - Recurso conhecido e desprovido. (grifo nosso)

¹² Destaca-se que em razão da dificuldade de acesso aos autos do processo que deu origem ao ARE nº 848.107/DF, esse argumento foi retirado do “**Pronunciamento**” – **1. Informações prestadas pelo gabinete**, do voto do ministro Dias Toffoli, quando entendeu pela repercussão geral do recurso. Portanto, não se tem certeza se foram aqueles os exatos termos utilizados pelo TJDFT. O texto completo do Pronunciamento está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669>> Acesso em: 29.05.2015

No recurso extraordinário, o recorrente (MPDFT) expôs a importância do tema, que ultrapassa o mero interesse individual, indicando que possui relevância social, pois atinge diretamente a população carcerária e a própria estrutura judicial na esfera penal.

Asseverou que com o entendimento adotado pelo STF, quando do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.078/MG - momento em que se concluiu pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, pois contrária ao princípio constitucional de presunção da inocência-, passou a ser necessária alteração no modo de aplicação do art. 112 I CP, devendo ser feita adequação hermenêutica, consubstanciada na interpretação conforme, para que as execuções criminais não fossem fulminadas pelo instituto da prescrição.

Assim sendo, o MPDFT concluiu que o acórdão prolatado confrontaria diretamente a Constituição Federal em seu art. 5º II e LVII¹³, ao aplicar a literalidade do art. 112 I CP.

O recurso extraordinário não foi admitido na origem. Por isso, houve a interposição de agravo, que reiterou a importância de seguimento do recurso.

Diante dos argumentos apresentados, o Ministro Dias Toffoli decidiu pelo provimento do agravo, em 5 de novembro de 2014, manifestando-se no sentido de que existe divergência quanto à aplicação do art. 112 I do CP na jurisprudência do STF. Nesse sentido, sua decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. **NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII).** QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

O Ministro Toffoli, no julgado, bem sintetizou o objetivo do presente trabalho ao afirmar que “a questão em foco é saber se, à luz do art. 5º, incisos II e LVII, da Constituição Federal, o art. 112, inciso I, do Código Penal teria sido recepcionado pelo atual ordenamento jurídico constitucional”.

13 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Entendemos, em consonância com o exposto pelo STF, que o tema revela importância constitucional. Assim, após o estudo teórico e conceitual que fizemos sobre prescrição, passaremos, agora, à pesquisa jurisprudencial para compreender de modo prático como vêm decidindo o Tribunal da Cidadania (STJ) e a Suprema Corte (STF).

3.3.1 Metodologia de pesquisa

Com o objetivo de se compreender com mais segurança a controvérsia sobre o termo inicial da prescrição executória foi realizada pesquisa jurisprudencial das decisões relacionadas ao tema, no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Esclarece-se que a busca de julgados foi feita nos dois Tribunais, pois como dito anteriormente, a despeito de ser o STJ o órgão do poder judiciário competente para dirimir as controvérsias de interpretação sobre a lei federal, o STF entendeu que a discussão tem caráter penal e constitucional, de modo que, na função de guardião da Carta Magna, esse Tribunal avocou a responsabilidade decisória, ao afirmar repercussão geral do tema.

Para delimitar os julgados, no STJ, a busca foi feita na 5ª e 6ª Turmas e, no STF, na 1ª e 2ª Turmas. Assim sendo, como parâmetro de pesquisa no sítio dos Tribunais, foram digitados os termos: “prescrição”, “pretensão”, “executória”, “termo” “inicial”¹⁴.

No STJ, na 5ª Turma, coletou-se os acórdãos com data de publicação do Diário de Justiça (DJ) ou Diário de Justiça Eletrônico (DJe), entre o período de 25/06/1990 até 25/03/2015. Na 6ª Turma, os processos são de 23/03/1998 até 09/04/2015. Já no STF, na 1ª Turma, foram colhidos processos de 18/12/1981 até 29/05/2014. Na 2ª Turma, o período foi de 31/10/1996 até 05/05/2014.

Destaca-se que nem todos os arestos foram aproveitados em razão da finalidade da pesquisa. Assim sendo, os acórdãos que não estavam diretamente ligados à discussão sobre o

¹⁴ Esclarece-se, desde já, que a busca jurisprudencial não teve como o objetivo central colher, de forma exauriente, todos os processos que discutiam o termo inicial da prescrição executória. Na verdade, o intento, inicial foi o de trazer um panorama da discussão no STJ e STF. Desse modo, não se olvida que o parâmetro de pesquisa utilizado no trabalho pode ter deixado de fora processos atinentes ao tema. Todavia, por escolha metodológica, não se alterou as palavras-chave para que se estabelecesse um padrão na busca. Importante destacar, também, que a seleção dos processos foi feita por meio das palavras-chave, por isso, o recorte temporal dos processos encontrados foi largo. Todavia, destaca-se que foi dado maior ênfase para os julgados mais recentes, tendo em vista que esses tratavam de forma mais específica sobre o tema da monografia.

termo inicial foram descartados. Como exemplo, citam-se aqueles que tratavam sobre a ocorrência da prescrição executória, quando o decurso do tempo ainda não tinha se efetivado, ou os que diziam respeito à prescrição executória contra a fazenda pública, no caso de servidores.

3.3.2 Análise dos dados jurisprudenciais

Em relação à jurisprudência do STJ, com o parâmetro de busca utilizado na pesquisa, foram encontrados, na 5ª Turma, o total de 97 processos. Desses processos, 56 estavam diretamente relacionados ao tema, sendo que 41 foram descartados, pois irrelevantes para os fins do trabalho.

Da quantidade de processos que discutiam diretamente o termo inicial da prescrição executória, 41 acórdãos foram no sentido de que o trânsito em julgado para a acusação é o marco que define o início do prazo para que comece a correr a prescrição da pretensão executória. No sentido oposto, tivemos 15 julgados que afirmaram que a prescrição começa a correr a partir do trânsito em julgado para ambas as partes.

Segue a Tabela 1 de resultados para a melhor visualização do texto descritivo acima apresentado:

TABELA 1 - PROCESSOS DA 5ª TURMA

PROCESSOS RELACIONADOS AO TEMA	
Trânsito em julgado: Acusação	41 julgados
Trânsito em julgado: Ambas as partes	15 julgados
Total	56 julgados

Da análise dos 15 processos que reconheceram o termo inicial para a prescrição como sendo o trânsito em julgado para ambas as partes, observou-se que todos os julgados tiveram Jorge Mussi como Ministro Relator.

Nesse sentido, a partir de um estudo mais detido desses processos, foi possível concluir que o Ministro manteve esse entendimento somente até o ano de 2012, sendo o

marco final dessa posição o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.323.336/RJ, publicado no DJe em 06/11/2012, que teve como agravante Waleria Brandão Camel e como agravado o **Ministério Público Federal (MPF)**.

No processo, a agravante demonstrou seu inconformismo ao afirmar que o termo inicial para a prescrição executória é o trânsito em julgado para a acusação. O MPF, por seu turno, apresentou parecer desfavorável ao pleito requerido pela agravante, alegando que o prazo inicial deve ser contado do trânsito para as duas partes.

O Ministro Jorge Mussi, seguindo a manifestação do MPF, fundamentou sua decisão no entendimento de que o decreto condenatório apenas pode ser efetivamente executado, quando há o trânsito em **julgado definitivo**. Assim ressaltou:

A definitividade do decreto condenatório é condição para a execução da pena imposta, uma vez que não haveria como se falar em início do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado apenas para a acusação em razão da impossibilidade do Estado dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, condicionada à resignação do acusado com a prestação jurisdicional.

Além da ponderação em relação à imutabilidade da decisão condenatória, foi, também, apresentada a discussão de cunho constitucional. Aqui, o Jorge Mussi apontou necessidade de readequação hermenêutica do art. 112 I CP, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º LVII CF.

O Ministro, todavia, alterou o posicionamento anteriormente explicitado, no julgamento do HC nº 250.664/RJ, impetrado pela **Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Rio de Janeiro**, tendo como paciente André Luiz Costa de Paula, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, publicado no DJe em 05/06/2013. Para tanto, justificou:

Contudo, após uma análise mais detida do tema, revela-se necessária a revisão do aludido entendimento e filiação à posição predominante nesta Corte Superior de Justiça, pela qual a literalidade do artigo 112, inciso I, do Código Penal - que fixa como termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação - cede à qualquer interpretação de dispositivos constitucionais que importe no agravamento da situação do condenado.

De fato, a conclusão adotada nesse julgado é a que prevalece no STJ. Essa assertiva se confirma, pois, da pesquisa realizada na 6ª Turma, foram obtidos 67 processos, sendo que

desses, 42 julgados estão diretamente relacionados ao tema do trabalho e, em todas as decisões, a solução dada foi a de que a literalidade do art. 112 I CP deve ser aplicada. Assim sendo, segue a Tabela 2 de dados:

TABELA 2 - PROCESSOS DA 6ª TURMA

PROCESSOS RELACIONADOS AO TEMA	
Trânsito em julgado: Acusação	42 julgados
Trânsito em julgado: Ambas as partes	0 julgados
Total	42 julgados

Diante dos dados apresentados, nota-se que o STJ, na 3ª seção, que é o órgão que reúne a 5ª e 6ª Turmas e trata da matéria de cunho criminal, já possui entendimento quase que unânime sobre o termo inicial da prescrição executória. Isso pois, se retirados os 15 processos da relatoria do Ministro Jorge Mussi, não restam processos que tragam o resultado do trânsito em julgado para ambas as partes. Claro que não é possível afirmar a inexistência de divergência e nem esperamos que seja essa a conclusão, já que o parâmetro de pesquisa utilizado não é capaz, sabemos, de filtrar todos os processos diretamente relacionados ao tema. No entanto, a conclusão sobre a tendência para a manutenção da aplicação literal do art. 112 I CP se baseia nos resultados obtidos por meio do padrão de busca realizado.

Na jurisprudência do STF, menos acórdãos foram encontrados. Além do ARE nº 848.107/DF, em que foi reconhecida a repercussão geral, com o parâmetro de pesquisa adotado, foi possível colher, na 1ª Turma, 9 processos, sendo que apenas 2 estavam diretamente relacionados ao tema:

TABELA 3 - PROCESSOS DA 1ª TURMA

PROCESSOS RELACIONADOS AO TEMA	
Trânsito em julgado: Acusação	1 julgado
Trânsito em julgado: Ambas as partes	1 julgado
Total	2 julgados

Na 2ª Turma, foram colhidos 11 processos, no total, sendo que apenas 4 estavam relacionados ao tema. Aqui, todas as decisões foram no sentido de que o trânsito em julgado para a acusação deve ser o marco inicial da prescrição executória. Assim, observa-se a Tabela 4 abaixo:

TABELA 4 - PROCESSOS DA 2ª TURMA

PROCESSOS RELACIONADOS AO TEMA	
Trânsito em julgado: Acusação	4 julgado
Trânsito em julgado: Ambas as partes	0 julgado
Total	4 julgados

Esclarece-se que o HC nº115.269/RR foi incluso na Tabela 3 da 1ª Turma no espaço destinado aos julgados que resolveram pela contagem do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado para ambas as partes. Todavia, a decisão final dada pela Ministra Relatora, Rosa Weber, foi a de extinção do processo sem a resolução de mérito. Entretanto, em razão do discurso argumentativo apresentando no decorrer do julgado, entendemos ser pertinente utilizar o acórdão como dado da pesquisa, alocando-o em tal posição na Tabela 3.

O *habeas corpus* foi impetrado pelo senhor Ricardo Herculano Bulhões de Mattos Filho contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Bellizze, do STJ, que nos autos do HC nº 219.612/RR negou seguimento ao *writ* originário.

Nas razões de seu voto, a Ministra expôs o entendimento de que ao Estado não é dada a possibilidade de executar a sanção penal antes do trânsito em julgado final da decisão. Nessa perspectiva, Rosa Weber apoiou os ditos do Ministro Marco Aurélio Bellizze e acrescentou que, não sendo admitida a execução provisória da pena, é impossível cogitar a fluência do prazo prescricional com o trânsito em julgado somente para a acusação.

Assim sendo, destacou ser “inegável, à luz do princípio da *actio nata*, que, antes do nascimento da pretensão – no caso da pretensão executória estatal –, não começa a correr a prescrição”. A Ministra firmou essa fundamentação na própria natureza do instituto da prescrição penal, que se implementa pela inércia ou desinteresse do Estado no exercício da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, a lógica que a decisão deixou transparecer foi a de que não é possível

falar em desídia estatal, quando a decisão ainda não é definitiva. Portanto, não deve ser o Estado punido com a concretização da prescrição executória, se não concorreu para isso.

A despeito de toda argumentação, Rosa Weber, de maneira frustrante, preferiu adotar solução meramente processual, ao afirmar a extinção do processo sem resolução de mérito, em razão de o pleito ter sido requerido pela via inapropriada, haja vista que o *habeas corpus* foi utilizado como substitutivo de recurso constitucional.

De todo modo, em relação ao STF, mesmo com a saída tangencial, percebida no julgado citado, e dos poucos acórdãos encontrados, observa-se que existe entre os ministros inconsistência sobre a aplicação da literalidade do art. 112 I CP, fato esse que restou revelado na votação unânime sobre a repercussão geral do tema.

Já no STJ, apesar da aparente consistência na jurisprudência, é possível depreender que existe inconformismo sobre a aplicação do art. 112 I CP em sua forma literal. Essa insatisfação pode ser observada pelo número de processos - recursos, ações autônomas de impugnação e remédios constitucionais -, que foram interpostos e impetrados, na busca de que o tema fosse discutido e para que, por conseguinte, houvesse mudança de entendimento.

3.4 Termo inicial: doutrina e jurisprudência tradicionais

Inicialmente, o Código Penal de 1940 dispunha em seu art. 112 que “no caso do art. 110, a prescrição começa a correr: a) **do dia em que passa em julgado a sentença condenatória** ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”. (grifo nosso)

A jurisprudência, todavia, passou a interpretar o termo “do dia em que passa em julgado a sentença condenatória” como sendo a data do trânsito em julgado para a parte acusadora, prescindindo-se, inclusive da intimação ao réu. (JESUS, 2010, p. 121)

Assim sendo, a partir de uma sólida construção jurisprudencial, o legislador percebeu a necessidade de reforma no texto legal, que veio a ser alterado pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, dando ao art. 112 CP sua atual redação, qual seja, “no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I - **do dia em que transita em julgado a sentença**

condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.(grifo nosso)

Com isso, observa-se que a vontade expressa e literal da norma penal é a de que o termo inicial da prescrição executória deve ser o trânsito em julgado para a acusação e não para ambas as partes, superando qualquer divergência de interpretação. É exatamente nesse sentido que se posicionam Mirabete e Fabbrini, segundo os quais:

Deixou-se expresse com a reforma penal que o termo inicial da prescrição da pretensão executória não é o trânsito em julgado para ambas as partes, mas para a acusação. Passada em julgado para a acusação a sentença condenatória, o tempo da pena não pode ser aumentado, diante da impossibilidade da revisão *pro societate*. Assim, começa a ser contado o prazo da prescrição da pretensão executória com relação à pena imposta. (2011, p. 394)

Aqui é importante ressaltar, que existe diferença precisa entre o instituto da prescrição e o seu termo inicial. De forma mais específica, existe diferença entre a prescrição da pretensão executória e o marco inicial da contagem de seu prazo prescricional, sendo que essa separação é clara tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

É justamente por isso que não subsiste a aparente contradição entre o art. 110 *caput* CP, que dispõe que “a prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada [...]”, e o art. 112 I CP, que, como visto, fala do trânsito em julgado para a acusação.

Relembra-se que, **antes do trânsito em julgado definitivo**, falamos de prescrição da pretensão punitiva. De modo que, se ainda não tiver sido proferida a sentença condenatória, estaremos diante da prescrição punitiva abstrata (ou propriamente dita). Se já tiver sido proferida a condenação, o que ocorre é a prescrição retroativa ou intercorrente. O instituto da prescrição executória, por outro lado, se concretiza **após o trânsito em julgado definitivo** da decisão condenatória.

Nesse sentido, na prescrição executória, o termo inicial não se confunde e nem coincide com o seu início. Por expressa determinação legal, computa-se o prazo prescricional quando se tem o trânsito em julgado para a acusação, sendo esse o marco inicial para sua contagem.

Diante da explicação anterior, conclui-se que a “largada” para prazo da prescrição executória é o trânsito em julgado para a acusação, ainda que se diga que a contagem deve ser

feita de forma retroativa. Assim, observa-se que, se em determinado processo somente a defesa recorre da decisão, quando o decreto se tornar definitivo, a prescrição executória será contada da data em que transitou para a acusação.

Ressalta-se que não é o caso de se misturar a prescrição executória com a prescrição intercorrente. Nesse sentido, discordamos da explicação dada por Rogério Greco, segundo o qual, à exceção da primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, que pode ainda dizer respeito à prescrição da pretensão punitiva, todas as demais hipóteses previstas pelos incisos I e II do artigo cuidam do termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal. (2012, p. 721)

A argumentação do autor não prospera pois, a prescrição executória e a prescrição punitiva (na forma intercorrente), como explicitado no início deste capítulo, são duas espécies distintas, tendo apenas o termo inicial como marco coincidente. Corrobora esse argumento Bitencourt ao escrever que:

O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para a acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa a prescrição poderá ser intercorrente. Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da executória, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos iniciam na mesma data, qual seja, o trânsito em julgado para a acusação. (2010, p. 818)

Do trecho acima mencionado, depreende-se que no momento em que se fala de termo inicial da prescrição executória, devem ser observados dois pontos interdependentes entre si. O primeiro, é que havendo o trânsito em julgado para acusação, é dessa data que começa a contagem do prazo. O segundo, é que deve existir decisão condenatória transitada em julgado para ambas as partes, pois somente a partir daí é que a prescrição deixa de punitiva e passa a ser executória.

Ante o exposto, com base na pesquisa jurisprudencial realizada no STJ e STF e na consulta à doutrina penal, conclui-se que **os argumentos técnicos** coadunam com a forte tendência à manutenção da aplicação do art. 112 I CP, que desde já, deixemos claro, é a posição que consideramos mais acertada.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E OS REFLEXOS SOBRE O TERMO INICIAL

A Constituição Federal de 1988, pilar do Estado Democrático brasileiro, é considerada célebre em razão da restauração e fortificação dos direitos e garantias individuais, além da proclamação significativa de direitos sociais. Por estar no topo do ordenamento jurídico, a Carta Magna deve ser observada pelo legislador infraconstitucional, de modo a não subsistir texto normativo que contrarie suas regras e princípios fundamentais, sob pena de violação à própria democracia.

Neste último capítulo, faremos o estudo dos reflexos da CF/88 sobre algumas regras e princípios do processo penal. Nesse sentido, observaremos a evolução da jurisprudência pátria no que tange às garantias de direitos do réu. Toda essa construção metodológica tem por finalidade demonstrar, a despeito dos argumentos contrários, a coerência principiológica para a aplicação literal do art. 112 I CP.

4.1 Processo penal e o Princípio do contraditório e da ampla defesa

O advento da CF/88, com fortificação dos direitos e garantias individuais, tem gerado latentes modificações em diversas regras do processo penal. Diante do conteúdo garantista da nova Carta Constitucional, passou a não ser mais cabível a aplicação de determinados artigos de lei, pois absolutamente destoantes do ordenamento democrático que se impõe.

É nesse sentido que vem ocorrendo paulatina mudança de interpretação em relação aos princípios constitucionais do processo, dentre eles, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da presunção de inocência. Destaca-se que essas alterações vêm, na tentativa de que o procedimento da persecução penal sofra adequação, à luz da Constituição, assumindo o formato de instrumento minimizador de danos sociais.

O Código de Processo Penal vigente, até o ano de 2008, previa, por expressa determinação legal, a impossibilidade de interposição de recurso de apelação contra sentença

condenatória, se o réu não fosse recolhido anteriormente à prisão, dando início à execução provisória da pena privativa de liberdade. No mesmo sentido, o andamento da apelação defensiva era obstado, acaso houvesse a evasão do condenado do sistema prisional. Essas condições estavam previstas nos art. 594 e 595 do CPP¹⁵.

Todavia, começou a ser debatida, na jurisprudência das instâncias superiores, a legitimidade constitucional da manutenção da aplicação desses dispositivos. A imposição ao acusado das obrigações de se recolher à prisão para poder provocar a ação do judiciário e de não empreender fuga para não ver julgado deserto seu recurso e, com isso, ter antecipado o trânsito em julgado da decisão, passaram a ser vistas como ações violadoras dos princípios constitucionais.

Em primeiro momento, entendeu-se que estaria sendo desrespeitado o devido processo legal (art. 5º LIV CF)¹⁶, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º LV CF)¹⁷, pois a prisão cautelar - antes do trânsito definitivo da sentença penal condenatória-, teria cabimento apenas nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP, devendo ser aplicada excepcionalmente. Em segundo, estaria sendo violado o duplo grau de jurisdição ao ser estabelecido pressuposto negativo de admissibilidade para o recurso, a saber, a ausência de fuga do acusado¹⁸.

A argumentação explicitada foi ecoando entre os juristas e ganhando força nos

15 Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto (Redação dada pela Lei nº 5.941/73).

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

16 Art. 5º LIV CF- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

17 Art. 5º LV CF- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

18 Nesse sentido observa-se a ementa do julgado STF - HC nº 91.945/SP, Min. Rel. ELLEN GRACIE, 2ª T. DJe 15.08.2008, que bem sintetiza os argumentos supracitados:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PENA DE DESERÇÃO. ART. 595, CPP. NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. OBRIGATORIEDADE DA APRECIACÃO DA APELAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A questão de direito em debate neste *writ* consiste na vigência (ou não) da regra contida no art. 595, do Código de Processo Penal, ou seja, a declaração de deserção da apelação quando o réu foge a interposição do recurso.

2. A previsão de pressuposto recursal relacionado à exigência da prisão do condenado para poder apelar (CPP, art. 594), na atualidade, se revela violadora dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º LIV e LV), eis que somente se admite a prisão cautelar quando houver a presença dos pressupostos e condições da prisão preventiva (CPP, art. 312).

3. O mesmo raciocínio é válido na leitura interpretativa do art. 595, do Código de Processo Penal, eis que se reconhece a inconstitucionalidade da exigência de recolhimento do condenado à prisão para poder apelar, também o será a norma que repete fuga como causa para a deserção da apelação anteriormente interposta. A fuga, assim, seria um pressuposto negativo de admissibilidade do recurso.

4. Não há mais legitimidade na restrição à interposição de apelação criminal consistente na obrigatoriedade do recolhimento à prisão em razão de sentença condenatória e na deserção na eventualidade de fuga do condenado após a interposição da apelação.

5. Ordem concedida. (grifo nosso)

Tribunais brasileiros, sendo que, em 2008, foi editada a Súmula nº 347 do STJ, segundo a qual “o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”. Mais adiante, a Lei nº 11.719/2008 e a Lei nº 12.403/2011 revogaram, respectivamente, os art. 594 e 595 CPP para que houvesse congruência das regras do processo penal com o novo modelo de garantias previstos na CF/88.

4.2 Princípio da presunção da inocência e a vedação à execução provisória da pena

A modificação de entendimento referente aos artigos que dispunham sobre o recolhimento à prisão, no caso de recurso de apelação, e a inviabilidade da peça recursal defensiva, em caso de fuga, também refletiram em outras posições “mais conservadoras” que eram adotadas no curso do processo penal. Foi a partir dessas alterações que passou a ser debatida a questão dos efeitos atribuídos aos recursos extraordinários.

O ordenamento jurídico anterior à CF/88 dispunha, sem posicionamento contrário, que os recursos extraordinários possuíam somente o efeito devolutivo. Dessa forma, estabelecia-se que após a interposição da peça recursal, com a apresentação das razões e contrarrazões, os autos deveriam ser baixados para a instância originária, momento em que seria realizada a execução da sentença condenatória não definitiva. Essa era a disposição literal do art. 637 CPP¹⁹.

A vigência da atual Constituição não trouxe, de imediato, qualquer alteração nas decisões judiciais atinentes a esse tema. Na verdade, não se vislumbrava violação a direitos ou garantias com o procedimento de execução provisória da pena, nos casos em que o decreto condenatório já tinha passado pela primeira e segunda instâncias. Tal argumento era tão bem sedimentado que, inclusive, foram criados novos dispositivos legais que corroboravam a possibilidade de segregação, a despeito da existência de pleito recursal. Nesse sentido era o Verbete Sumular nº 267 do STJ que dizia que, “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Entretanto, com olhar mais cuidadoso sobre a interpretação da CF/88 e a consequente

19 Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

internalização do princípio da presunção de inocência, insculpido no seu artigo 5º, inciso LVII, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a dar tratamento distinto à referida sistemática recursal.

Tendo o Poder Constituinte Originário estabelecido que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, figurava-se absolutamente inviável a imposição da prisão antecipada além daquelas possibilidades previstas no próprio texto constitucional ou em outros dispositivos legais.

Assim sendo, em 2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma leitura autêntica dos direitos individuais e na busca de trazer magnitude à aplicação dos princípios constitucionais, mormente, no que diz respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como à presunção de inocência, no *leading case* HC nº 84.078/MG²⁰, por maioria de votos, reconheceu a inconstitucionalidade da “execução provisória da pena”.

Daí em diante, passou a ser vedado o recolhimento do réu à prisão antes de o decreto condenatório possuir caráter definitivo. Assentou-se, nesse sentido, que nas hipóteses em que não fosse cabível qualquer das chamadas prisões processuais, eventual cumprimento coercitivo da reprimenda imposta estaria vinculado ao trânsito em julgado da sentença, não só para a acusação, mas também para a defesa.

20 Segue trecho da ementa do julgado pertinente à argumentação desenvolvida no trabalho, STF - HC nº 84.078/MG, Min. Rel. EROS GRAU, Tribunal do Pleno, DJe 26.02.2010:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". **A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".**

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.**

[...]

Ordem concedida. (grifo nosso)

4.3 Crítica moderna e a alteração da interpretação do termo inicial da prescrição executória

A mudança de aplicação das regras do processo penal, na busca de imprimir maior efetividade aos preceitos constitucionais, tem servido de fundamento para que parte dos doutrinadores e julgadores desenvolvam a tese de que o termo inicial da prescrição executória, tendo por base a primeira parte do art. 112 I CP, é um resquício de norma violadora das garantias do novo ordenamento democrático pós-Constituição de 1988.

Nesse sentido, observa-se que a construção argumentativa apresentada diz respeito à incongruência temporal do citado artigo com a nova hermenêutica jurídica que está, por força da Carta Magna, umbilicalmente ligada aos princípios protetores daqueles que são submetidos à persecução e ao processo penal.

Como visto no capítulo anterior, o texto original do Código Penal de 1940 dispunha que o termo inicial para a contagem da prescrição executória era o trânsito em julgado da sentença. Daí, compreendia-se que a decisão deveria se tornar definitiva para a acusação e defesa para, somente então, correr o prazo prescricional.

Aconteceu, todavia, que por alteração legislativa, o art. 112 I CP recebeu nova redação, passando a constar a referência do trânsito em julgado para a acusação. Destaca-se que essa mudança foi realizada em 1984, ou seja, antes da promulgação da nova Constituição da República.

Desse modo, a tese veiculada pelos que pretendem a alteração de interpretação do artigo é a de que existia, de fato, lógica na determinação do Código Penal quando exigia o trânsito em julgado apenas para a acusação. Isso porque, o ordenamento jurídico anterior à CF/88 era pautado no princípio da culpabilidade e na periculosidade do agente, sendo que o sistema recursal, na época vigente, impunha uma série de requisitos para que o réu pudesse desenvolver sua defesa.

Note-se que na década de 80 ainda não havia sido internalizado o princípio da presunção de inocência, o qual era resguardado apenas no art. 11 - 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²¹. Por isso, não se vislumbrava qualquer impedimento ao

21 Art. 11 – 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

cumprimento antecipado da reprimenda imposta.

Com a inovação trazida pela CF/88, dentre elas o firmamento do princípio da presunção da inocência, foi sendo moldada nova faceta garantista do Estado, com as consequentes alterações do processo penal, consoante vimos nos tópicos anteriores.

No entanto, a despeito de todas essas alterações, aparente contradição permaneceu, pois antes era possível executar a pena antecipadamente e, portanto, podia se falar em prescrição executória, já que o ente estatal, desde o trânsito em julgado para a acusação já podia impor a sanção fixada. Agora, vedado o cumprimento antecipado da pena, seria clara a incongruência na manutenção desse disposto, já que aqui, o Estado não tem condições de efetivar a prisão do condenado enquanto não for definitiva sua reprimenda, ou seja, enquanto não houver transitado em julgado para ambas as partes.

Para que se avalie com mais precisão os argumentos da parcela que propõe a alteração da aplicação do art. 112 I CP, faremos uma análise específica, com base nas teses mais recorrentes encontradas na doutrina e, principalmente, na jurisprudência dos tribunais.

Princípio da presunção da inocência: Da pesquisa jurisprudencial apresentada anteriormente, foi possível observar que grande parte dos processos colhidos tinha o órgão acusador como parte inconformada na aplicação do prazo para o começo do prazo da prescrição executória. Assim, somente pequena parcela dizia respeito ao condenado que recorria, pois o tribunal coator não havia declarado a prescrição ao adotar “posição mais progressista”.

Nesse sentido, a tese aventada nos recursos, nas ações autônomas de impugnação e nos remédios constitucionais foi a de que viola frontalmente o princípio da presunção da inocência o cômputo da prescrição, a partir do trânsito em julgado para a acusação²². Destaca-se que esse argumento, inclusive, foi um dos utilizados no recurso ministerial em que foi reconhecida a repercussão geral do tema (ARE nº 848.107/DF).

A construção do raciocínio ganha projeção, pois se o Estado, em respeito ao princípio da não-culpabilidade, não pode considerar culpado o agente infrator antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é possível que se estabeleça o prazo prescricional antes do fato constitutivo desse direito efetivo de punir.

Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > Acesso em: 14.05.2015.

22 Seguem alguns precedentes colhidos no sítio eletrônico do STJ, em que no corpo do acórdão foi mencionada a argumentação do órgão ministerial no sentido da violação ao princípio da presunção de inocência: STJ - AgRg no Recurso Especial nº 1.392.017 – DF. Min. Rel. LAURITA VAZ. 5ª T. DJe 03.06.2014; AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 585.029- DF. Min. Rel. GURGEL DE FARIA. 5ª T. DJe. 27.03.2015; AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 196.920 -DF. Min. Rel. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. 6ª T. DJe 18. 12.2014.

Ainda mais claro, formalmente, não haveria, antes do trânsito em julgado definitivo, pena suscetível à prescrição executória. Ora, se o sujeito ainda é inocente, como prescrever uma pena que ainda não lhe pertence? Por isso é que se diz incabível, em uma sociedade que tenta trazer maior projeção para o princípio da presunção da inocência, tratar o réu inocente como se culpado fosse, iniciando a prescrição de uma pena que ainda não é sua.

Confirma esse argumento Paulo Queiroz ao escrever que o cumprimento da pena não pode dar-se antes do trânsito em julgado, não sendo cabível falar de prescrição da pretensão executória, que exige a constituição definitiva da sentença como título executivo judicial contra o condenado. Por isso mesmo, não faria sentido que, “embora vedada a execução provisória da pena contra o réu, o prazo prescricional da pretensão executória pudesse fluir normalmente”. (2013, p. 602-603)

Punição indevida contra o Estado: No início deste trabalho foi desenvolvido tópico para tratar da conceituação da prescrição penal. Naquele momento, esclareceu-se que o instituto trata da perda do poder-dever de punir, classificado como uma das causas de extinção da punibilidade, decorrente da inércia ou desídia do ente estatal.

Nesse sentido, percebe-se que a prescrição é, claramente, uma espécie de punição aplicada contra o Estado e em favor do réu, em razão da morosidade apresentada pelo órgão responsável pela persecução criminal e aplicação da lei penal.

É a partir dessa construção conceitual que se argumenta a inviabilidade de início do prazo prescricional quando não há o trânsito definitivo da decisão. Como não se autoriza o cumprimento antecipado da pena, conforme foi explicitado anteriormente, o Estado não tem meios de impor a sanção. Assim sendo, Guilherme Nucci é categórico ao afirmar que o início da prescrição executória, “a partir do momento em que há o trânsito em julgado da decisão somente para a acusação é inconcebível, pois, ainda que se queira não há viabilidade para a execução da pena, devendo-se aguardar o trânsito em julgado para a defesa”. (2006, p. 559)

Desse modo, surge uma inviabilidade técnica, pois não há como ser executada a pena, já que o réu interpõe recurso obstando a formação do título definitivo. Isso leva à conclusão de que, como o caso não é de desídia do Estado, pois esse não é o causador imediato da mora, não cabe a ele a arcar com o ônus de ver implementada a prescrição. Ou como dispõe Guilherme Nucci, “se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória”. (2006, p. 559)

Reitera esse argumento Paulo Queiroz, ao salientar que “não sendo possível a

execução provisória da sentença pendente de recurso, não há cogitar de inércia da acusação e, consequentemente, a prescrição, a qual constitui uma pena cominada à negligência estatal”. (2013, p. 603)

Em síntese, o Estado seria colocado em posição desfavorável por ter prazo computado no momento em que se encontra em situação de “impotência”. Como exarado pelo Ministério Público Federal, em recurso extraordinário no processo Agravo em Recurso Especial (AREsp) nº 191.868/DF, essa situação “é o mesmo que dar início ao curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva estatal antes que o crime tenha sido praticado!”²³.

Celeridade e economia processual: A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, elevou expressamente o direito à razoável duração do processo ao *status* de garantia fundamental. Essa alteração não foi exatamente uma inovação legal, “uma vez que o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada já estava implícito na cláusula do 'devido processo legal substantivo' (CF, art. 5º, LIV)²⁴” (NOVELINO, 2010, p. 452). Todavia, ao introduzir o art. 5º LXXVIII²⁵, a Reforma do Poder Judiciário impôs um combate mais rigoroso às manobras protelatórias.

A despeito da modificação implementada, o sistema recursal brasileiro permite, pela sua atual configuração com elevado número de recursos, a manipulação do processo para que seja dilatada a marcha processual. Nesse sentido, um dos dispositivos que acabam por corroborar esse entendimento é, justamente, o art. 112 I CP.

Ao estabelecer o trânsito em julgado apenas para a acusação como termo inicial da prescrição, o dispositivo promove uma desigualdade formal e abre espaço para a interposição de recursos que têm a finalidade apenas de evitar que a decisão se torne definitiva. Isso ocorreria pois, a parte acusadora, para não ver frustrada a execução da pena que fixada, tem a necessidade de interpor recurso, ainda que esteja satisfeita com aquilo que foi estabelecido no édito condenatório.

Nesse sentido, posicionou-se a Ministra Rosa Weber, no julgamento do HC nº 115.269 /RR, ao manifestar que menos problemática aqui é a questão dos sucessivos recursos da defesa para a reforma de vereditos condenatórios – projeção do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, sem embargo de eventual natureza protelatória-, sendo mais

23 Recurso Extraordinário nº 2015.02.2.18790 no Agravo em Recurso Especial nº 191.868/DF, da Procuradoria Geral da República (PGR-MPF), subscrito pelo Subprocurador Geral da República Dr. Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos.

24 Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

25 Art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

questionáveis os recursos temerários da acusação, apenas e tão somente com a finalidade de evitar a prescrição da pretensão executória.

Com isso, nota-se que a aplicação da norma na sua literalidade gera a violação de princípios constitucionais e de preceitos regentes do processo penal, causando maior inchaço nos tribunais brasileiros, os quais já se encontram abarrotados de processos. Repisa o argumento Paulo Queiroz, segundo o qual “estimular-se-ia a interposição de recursos com fins prescricionais e meramente procrastinatórios, quer da acusação, visando evitar a prescrição, quer da defesa, a fim de consumá-la”. (2013, p. 603)

Além das consequências descritas, a prevalência da aplicação do art. 112 I CP, ao promover a inobservância do princípio da celeridade processual, tem reflexo ainda mais preocupante que é o de fulminar as execuções penais²⁶. Com o prazo prescricional sendo iniciado antes do trânsito em julgado definitivo, restaria ao Estado curto espaço de tempo para executar a reprimenda imposta. Portanto, a interposição de recurso defensivo aliada à demora do julgamento dos pleitos, em razão da falta de eficiência do judiciário, criaria uma mola propulsora de impunidade.

Somando-se os argumentos acima apresentados, é possível observar que parte da doutrina e da jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a manutenção da interpretação do art. 112 I CP destoa da atual ordem constitucional. As mudanças promovidas no rol de garantias e direitos fundamentais tiveram forte reflexo no processo penal, influenciando e modificando diversos dispositivos legais, entre eles o que impunha o recolhimento do réu à prisão mesmo na pendência de recurso extraordinário.

Diante disso, passou-se a enxergar a exigência do trânsito em julgado da decisão apenas para a acusação como uma determinação obsoleta, que tinha pertinência com o ordenamento jurídico anterior à CF/88, mas que com a introdução de princípios, a exemplo da presunção da inocência, perdeu completamente o sentido.

Seria, então, a hipótese de não mais fazer a interpretação literal do dispositivo legal, mas sim, promover uma adequação hermenêutica, tendo em vista a necessidade de interpretação sistemática entre as normas penais e a obediência às previsões da Constituição. Isso pois, as normas que compõem o ordenamento jurídico não podem ser analisadas de forma isolada, guardando coerência apenas com âmbito gramatical e formal. Na realidade, o que se

²⁶ Essa argumentação foi utilizada pelo órgão ministerial, a fim de que o Tribunal decidisse pela incompatibilidade da aplicação literal do art. 112 I CP. Seguem o mesmo entendimento o STF - Recurso Extraordinário (RE) nº 789.242/DF. Min. Rel. CÁRMEN LÚCIA. 2ª T. DJe 05.02.2014; STF - Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 757.064/DF. Min. Rel. CÁRMEN LÚCIA. 2ª T. DJe 05.08.2013.

exige é que se forme um sistema coeso, para que não sobre margem para violações pontuais que tomem proporções relevantes.

Portanto, uma das soluções defendidas pelos que adotam essa posição “progressista” é a de não recepção do art. 112 I CP, pois inviável sua permanência na seara jurídica moderna, mormente, quando levada em consideração a teia de princípios, direitos e garantias que hoje busca se fortalecer²⁷.

Outra hipótese aventada é a de que deve ser dada nova interpretação à expressão “trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação”, como uma forma de se adequar o dispositivo, sem retirá-lo do ordenamento. Nesse caso, segundo Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, não se resumiria a discussão a argumentos mais ou menos favoráveis ao réu ou a defesa (na linha *in dubio pro reo*). Ao revés, o ponto específico seria o de “harmonizar as disposições legais do Código Penal que determinaram as escolhas do processo penal, o que exige a contextualização histórica dos aludidos Códigos”. (2013, p. 1363)

4.4 Desconstrução da crítica moderna: uma leitura autêntica das garantias constitucionais do processo penal

O processo penal precisa passar por revisões constitucionais constantes, para que seja transformado paulatinamente e, dessa forma, assuma o caráter de instrumento apto para a proteção e execução das garantias mínimas dos indivíduos que são submetidas à tutela da jurisdição penal.

À luz dessa latente necessidade modificadora, não devemos interpretar o processo como um simples aparato estatal, por meio do qual o Estado-juiz faz valer as normas penais. Na realidade, ele deve ser visto como uma maneira institucional de minimizar os danos sociais, seja para a comunidade que sofre com a prática do delito, seja para o infrator que praticou o ato criminoso.

27 Essa solução foi retirada do texto do Ministro Jorgi Mussi intitulado de “Reflexões sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75576/reflexoes_termo_inicial_mussi.pdf?sequence=1> Acesso em 19.03.2015.

Não se olvida que o citado Ministro modificou seu entendimento desde o ano de 2012. Todavia, a produção doutrinária foi útil para se compreender a construção argumentativa que foi inicialmente defendida pelo jurista. Assim, considerou-se pertinente a citação da obra no trabalho.

Como estudado no início deste trabalho, o Estado possui o direito soberano de impor sanção penal, a partir do cometimento do crime. Assim sendo, o direito abstrato de punir é concretizado após a violação da norma.

Ocorre, todavia, que esse poder punitivo encontra limites no ordenamento jurídico. A prescrição, que é causa de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo aliada à inércia da autoridade, não é a única forma de limitação desse poderio. Os princípios constitucionais e do processo penal são preceitos que têm, também, o condão de (de)limitar o Estado, a fim de que não seja ele detentor de um poder descontrolado gerador de usos e abusos ilegais.

É levando em consideração essa leitura de garantias que se entende que a manutenção da aplicação do art. 112 I CP, a despeito da argumentação contrária apresentada, tem coerência com o atual ordenamento jurídico e não traduz um hiato normativo, causador de violações de direitos e, muito menos, de reducionismo dos princípios constitucionais penais trazidos pela CF/88.

Para que se esclareça esse ponto de vista, abaixo faremos a exposição dos argumentos favoráveis à permanência do termo inicial da prescrição executória da forma tradicionalmente aplicada.

Duração razoável do processo: A doutrina mais “progressista”, de forma sintética, afirma que o trânsito em julgado para a acusação, como termo inicial para a prescrição executória, é problemática, pois causa reflexo direto no bom andamento do processo penal.

A norma, em sua disposição literal, estimularia tanto a defesa quanto a acusação na interposição de recursos, muitas vezes, de caráter protelatório. Com isso, de um lado o réu poderia interpor recursos com o objetivo de ver a prescrição implementada pelo decurso de tempo, por outro, a acusação administraria os pleitos recursais, a fim de que não recaísse sobre ela o termo inicial do prazo prescricional.

Todavia, o que se esquece quando se fala que o termo inicial para a prescrição executória deve ser alterado é que o Estado é o garantidor do processo. É ele quem deve zelar pelo curso natural da persecução penal, inclusive no que tange os prazos, sendo essa a visão menos utilitária e mais garantista do processo.

Inicialmente, ressalta-se que não é recomendável que se atribua ao acusado a demora para a prestação jurisdicional efetiva, fazendo crer que os recursos interpostos são o ponto central do problema. Na realidade, os recursos são decorrência direta do princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido na CF/88, sendo que “somente em segundo plano, numa dimensão secundária a celeridade pode ser invocada para

otimizar os fins sociais ou acusatórios do processo penal, sem que isso, jamais, implique sacrifício do direito de ampla defesa e pleno contraditório para o réu”. (LOPES, 2013, p. 195)

Assim, o que se deve combater é justamente a incompetência estatal em promover uma justiça célere. Não é exatamente pelo recurso do réu (ou da parte acusadora) que os processos se alongam, mas, principalmente, por uma falha grave na estrutura judicial, em que os processos ficam abarrotados em estantes ou escondidos em computadores sem prazo razoável para serem finalizados.

Para justificar essa desídia vem o Judiciário e afirma que o tempo não pode ser calculado como a simples soma dos dias, mas sim, levando em consideração todas as nunces processuais, sendo que se o Estado não deu causa ao atraso, não há que se falar em flagrante ilegalidade²⁸. De fato, essa tese tem fundamento, haja vista que “a mera e isolada inobservância de algum prazo, por si só, não conduz, automaticamente, à violação do direito fundamental em análise” (LOPES, 2013, p. 195). No entanto, não se deve negligenciar que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, corriqueiramente invocado pelos Tribunais, deve ser interpretado conjuntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, compreende-se que a duração larga e indefinida do processo judicial “afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 449)

Ora, se o Estado-juiz não obtém édito condenatório definitivo por uma demora excessiva no julgamento de recurso, isso parece ser claro problema do judiciário, não podendo ser lançada a responsabilidade para um destinatário invisível (afinal, sabemos bem que a responsabilidade, ou, pelo menos os efeitos dela, cairão sobre o acusado).

Importante observar que quando a jurisprudência é uníssona ao afirmar que o tempo não se conta pela simples cronologia do relógio, mas pelas variações naturais do andamento do processo, mesmo parâmetro não é utilizado, quando se trata do cumprimento desumano das penas. Não seria lógico abrandar a sanção, sem calculá-la pelo tempo linear, descontando o sofrimento exacerbado causado aos detentos, presos em celas miseráveis? Já adiantamos que não!

28 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a verificação da ocorrência de excesso de prazo para a formação da culpa não decorre da simples soma dos prazos processuais, devendo ser examinadas as peculiaridades de cada caso, **sempre observado o princípio da razoabilidade** (art. 5º, LXXVII, da CF) (grifo nosso). Precedente: STJ - RHC nº 48.889/MS. Min. Rel. SEBASTIÃO REIS JUNIOR. 6ª T. DJe 01.09.2014.

O processo penal é forma, sendo que é por meio dela que se busca garantir o controle e a segurança jurídica. Desse modo, a celeridade processual deve ser reinterpretada levando em consideração a finalidade de proteção do réu, constituindo, pois, um direito subjetivo do investigado/condenado. A adoção dessa perspectiva de que “o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere - ou com duração razoável - impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Público em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 449)

Dessa construção argumentativa é possível concluir que, se cabe ao Estado assumir a função de protagonista garantidor do célere andamento processual, tendo em vista que o contrário configura violação direta à CF/88, mormente, no que tange o princípio da duração razoável do processo, a partir do trânsito em julgado para a acusação deve o ente estatal estabelecer formas de efetivar a pena fixada na condenação. Destaca-se que “não constitui causa de justificação a sobrecarga de trabalho do órgão jurisdicional, pois é inadmissível transformar em 'devido' o 'indevido' funcionamento da justiça”. (LOPES, 2013, p. 199)

Como é vedado o cumprimento antecipado da pena, em decorrência da presunção de inocência, após tornar definitiva a pena para a parte acusadora, o Estado deve imprimir maior celeridade aos feitos, a fim de que não seja configurada desídia, ainda que não intencional, mas por eventual mora na prestação jurisdicional.

Se isso não for possível, só resta ao caso a aplicação do conceito de prescrição, que é exatamente a sanção, consubstanciada na perda do poder-dever de punir, pelo decurso do tempo. Isso porque, o Estado não foi capaz de implementar meios para dar eficácia ao édito condenatório, fazendo com que transitasse em julgado definitivamente e, dessa forma, houvesse o início do cumprimento da pena em tempo hábil.

A prescrição da execução tem razão não só pelos motivos acima apresentados mas também quando se observa suas teorias justificadoras, entre elas, teoria da emenda, psicológica, expiação moral. Bem identificou o problema da demora o Tribunal Supremo da Espanha na STS 4519 ao fundamentar que “quando se julga além do prazo razoável, independentemente da causa da demora, se está julgando um homem completamente distinto daquele que praticou o delito, em toda complexa rede de relações familiares e sociais” (LOPES, 2013, p. 193). Com isso, a pena perde sua razão de ser, haja vista que deixa de cumprir sua função.

Ilustra o argumento a dinâmica dos fatos apresentada no HC nº 115. 269/ RR²⁹ em que

29 Acórdão citado no capítulo 2. Vide p. 44

o réu foi condenado às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 160 dias-multa pela prática do crime de peculato, sendo a pena privativa substituída por restritiva de direitos. Nesse caso, antes de iniciada a execução, em 2010, o paciente impetrou o *writ* para que fosse declarada a prescrição executória, tendo em vista já ter passado 8 anos desde o trânsito em julgado da decisão para a acusação, ocorrido em 2001.

Esse julgado é apenas um em meio a tantos exemplos de total intempestividade na aplicação da pena, que, reiteramos, deve ser punido com a prescrição da execução.

Princípio da Presunção da inocência: Como visto no tópico anterior, parcela dos juristas afirmam que o início do prazo prescricional, com o trânsito em julgado apenas para a acusação, gera a violação do princípio da presunção da inocência, pois prescrever-se-ia pena ainda não pertencente ao réu. Todavia, é possível que se analise essa tese sobre outro ponto de vista, sustentando que a fulminação do princípio é muito mais latente em decorrência da manutenção do processo que se dilata sem qualquer previsão segura de término.

De antemão, o tratamento do acusado como inimigo social já desqualifica sua versão dos fatos colocando em xeque a presunção da inocência frente ao brocardo “*in dubio pro societate*”. Essa presunção, por sua vez, é ainda mais dilapidada com a perpetuação do processo penal, principalmente, quando já se tem sentença condenatória em que o acusador está conformado com a reprimenda fixada e apenas o réu busca a alteração do julgado.

O decurso do tempo tem como consequência necessária a perda dos resquícios do ato delituoso, sendo que a comprovação tanto da inocência quanto da culpa são prejudicados com essa dilação desproporcional do andamento processual. Ademais, o etiquetamento social promovido pela submissão do acusado ao processo penal vai se tornando cada vez mais profundo com o passar dos dias. É nesse sentido que Aury Lopes explica que o alargamento excessivo do processo vai, gradativamente, ruindo a credibilidade em torno da versão do acusado. Por isso, “existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta”. (2013, p. 191)

Ademais, não se pode deixar de notar que o princípio da presunção da inocência vem sendo utilizado como argumento pela corrente “progressista” para agravar a situação do réu, em clara distorção da real função desse preceito no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, quando o legislador constituinte adicionou esse princípio, o objetivo foi o de promover a maior segurança e proteção ao investigado, indiciado e processado. Com isso, não é cabível que seja aplicada lógica contrária, a fim de que ele seja, agora, utilizado contra o

réu, provocando o alargamento do prazo para o início da contagem da prescrição executória, prejudicando sua situação processual.

Assim sendo, pode-se inferir que a demora do Estado em concretizar a sentença condenatória, em razão de morosidade na prestação jurisdicional, gera não só a violação ao princípio da razoável duração do processo, mas também da presunção da inocência. Diante dessa desídia, que muitas vezes desaparece na sombra do discurso de subtração de responsabilidade estatal, é necessário que exista punição adequada, a qual deve passar a correr a partir do instante em que a parte acusadora já está satisfeita com a condenação e o Estado não se move o suficiente para cumpri-la.

Princípio da proporcionalidade: Critica-se a literalidade do art. 112 I CP porque, a primeira vista, é atribuído maior ônus ao Estado-juiz, já que o prazo para a prescrição começa a correr antes mesmo do trânsito definitivo da decisão condenatória, momento em que ainda não pode ser executada a sanção.

Ocorre, todavia, que essa aparente impotência revela, na verdade, a incapacidade do Estado em promover o cumprimento de prazos proporcionais e razoáveis. Inclusive, como observado anteriormente, essa razoabilidade, algumas vezes, é utilizada de maneira viciada para mascarar a desídia estatal, sob o fundamento de que devem ser observadas as nuances do processo, permitindo, assim, que decorra, por exemplo, o prazo de 8 anos até a tentativa de início do cumprimento da pena.

Assim sendo, compreende-se que a utilização do princípio da proporcionalidade somente faz sentido, à luz da CF/88, se estiver diretamente ligado à observância dos direitos e garantias do réu. Afinal “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual”. (LOPES, 2013, p. 61)

Portanto, o que se vislumbra nesse ponto é a colisão de princípios de direitos fundamentais. De um lado, o direito de ver o agente criminoso julgado, com a imposição das regras penais e o cumprimento de uma pena efetiva. De outro, o direito de não ser julgado indefinidamente, em flagrante desrespeito à duração razoável do processo. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 450)

Diante desse embate, solução cabível foi dada pelo Min. Eros Grau, no julgamento do HC nº 95.009/SP. O jurista propôs -levando em consideração o ordenamento jurídico pós-Constituição de 1988, que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1 III CF)-, a imposição de uma proporcionalidade que “**em caso de conflito de preceito, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão**” (grifo

nosso).

Em síntese, a manutenção da interpretação tradicional do art. 112 I CP não coloca o Estado em posição de desvantagem. Ao contrário, o que se depreende da norma é que o Estado-juiz e o Ministério Público³⁰ devem o dever de zelar pelo célere andamento da marcha processual. Aquele atuando na função de garantidor do processo, esse na função de *custos legis*.

Ante a argumentação desenvolvida no decorrer desse tópico, conclui-se que o termo inicial da prescrição executória, nos moldes em que dispõe o art. 112 I CP está em consonância com o ordenamento jurídico em vigência.

A alteração da interpretação desse dispositivo, segundo alguns juristas, tem como consequência a criação de um novo marco interruptivo da prescrição no rol taxativo do art. 117 CP. É possível depreender, também, que essa modificação conduziria, ainda que de forma reflexa, a imprescritibilidade formal dos crimes, ao arrepio da atual conjuntura jurídica brasileira que aponta restritivamente essas hipóteses.

A essa conclusão se chega, pois apenas em situações de absurdo descaso, o Estado não conseguiria aplicar a reprimenda quando já tivesse o decreto condenatório definitivo. Ora, com isso, permitir-se-ia longo decurso de tempo até o trânsito em julgado definitivo da decisão, sem que houvesse punição fatal pelo alargamento dos prazos. Não sendo essa mora suficiente, somente a partir daí, seria deflagrado o termo inicial da prescrição da execução.

Mais uma vez cita-se o HC nº 115. 269/ RR. Nesse julgado, o Estado levou 8 anos para que fosse obtida decisão transitada em julgado definitivamente. Se o lapso prescricional começasse a correr apenas após esse prazo, o ente estatal teria mais 8 anos (segundo a tabela do art. 109 CP) para executar a sanção cominada, que no caso era uma pena restritiva de direitos. O que não faz o menor sentido diante das funções da pena.

Ademais, a modificação de entendimento que confere novo significado ao art. 112 I CP é uma forma de interpretação *contra legem*. Com essa alteração, o réu passa a ter sua situação processual agravada, sem que o legislador tenha inicialmente previsto isso. Nesse

30 Esse argumento foi exarado no HC 232.031/DF, Min. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. 6ª T. DJe 29.08.2012, como fundamento do Tribunal *a quo* para a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição, senão vejamos: “Inclusive, este Juízo compreende que o instituto penal da prescrição é um dos mais odiáveis, máxime pelo sentimento de impunidade por ele gerado; não se podendo agora, na fase da execução pena, buscar a punição de Condenado, cuja punibilidade está extinta, isso em flagrante contrariedade a texto de lei e sob pena de constrangimento ilegal imputável a este Magistrado, sendo que, em verdade, coube ao *Parquet*, enquanto *custos legis*, ter providenciado o início da execução das penas dentro do (sic) respectivos prazos prescricionais, zelando, então não só para a submissão do Apenado às disposições da sentença condenatória, assim como de modo que os eventuais recursos fossem julgados o mais breve possível”.

sentido, tal hermenêutica não é cabível já que “o intérprete não poderá atribuir um significado à norma que seja totalmente distante da letra desta, ou em inteira autonomia desprezando por completo o que estiver preceituado”. (BASTOS, 1999, p. 171)

Desse modo, se sopesarmos os argumentos da corrente “progressista”, que tem como fonte principal a presunção da inocência, com os argumentos da corrente “tradicional”, em que se defende a interpretação autêntica e garantista da presunção da inocência e, com isso, o respeito aos princípios da liberdade e da legalidade estrita, nota-se que essa segunda corrente nos leva à posição que mais se adéqua ao novo cenário de direitos trazido pela CF/88.

Ressalva-se que o princípio da legalidade estrita não foi classificado entre os argumentos mais recorrentes na doutrina e jurisprudência tradicionais para a manutenção da aplicação do art. 112 I CP, todavia, possui grande relevância para a defesa dessa tese, pois, a **legalidade estrita** tem a função de orientar o legislador no momento da elaboração das leis, subordinando seu conteúdo aos direitos fundamentais. Nesse sentido, é a lição de Ferrajoli, segundo o qual:

Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla Lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actine, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada. Daí se segue [...], um papel distinto dos dois princípios e uma distinta estrutura normativa do sistema legal exigida por eles: a simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; a legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos, tal como resulta de sua conformidade para as demais garantias, por hipótese de hierarquia constitucional é, ao revés, uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes. (2006, p. 93)

Portanto, mesmo que não seja a perfeita solução, o termo inicial da prescrição executória deve ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação, assim como dispõe a literalidade do art. 112 I CP, sendo certo que não é função afeta ao judiciário promover a alteração da letra da lei, nem desenvolver interpretação absolutamente destoante da vontade expressa do legislador, na hipótese em que o dispositivo normativo possui coerência com as demais normas e princípios processuais constitucionais.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, estudou-se a prescrição penal com foco central no termo inicial da prescrição da pretensão executória. A finalidade foi a de se compreender a fundo o debate instaurado na doutrina e na jurisprudência sobre a não recepção ou possível alteração da hermenêutica do art. 112 I CP, em razão da aparente inadequação desse dispositivo frente ao novo cenário de direitos e garantias trazidos pela Constituição Federal de 1988.

No decorrer do estudo foi possível depreender que existe certa inconsistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre qual deve ser a solução para essa questão. A despeito do embate específico de argumentos e teses, observou-se que grande parte dos fundamentos utilizados pela corrente que chamamos de “progressista” tratam dos princípios processuais constitucionais.

Assim sendo, na tentativa de compreender o bloco argumentativo “progressista” e obter conclusão mais completa sobre o assunto, além da análise literal do art. 112 I CP, foi estudada a lógica do dispositivo dentro do sistema normativo e a congruência de sua aplicação com os princípios da Constituição Federal de 1988 que refletem no processo penal. Com isso, foi possível retratar a repercussão que o tema da prescrição, em geral, e o termo inicial da prescrição executória, em especial, possuem na seara penal, demonstrando que o estudo não teve um fim em si mesmo.

Assevera-se, nesse sentido, que mudança ou permanência da aplicação do art. 112 I CP ganha destaque, exatamente, por marcar o início do momento em que o Estado deve imprimir, ainda mais eficiência para que possa ser efetivamente executada a sanção. Acontece que o aumento da complexidade social, aliado ao grande número de processos e a deficiência institucional do judiciário também são fatores que influenciam na decisão da permanência da aplicação literal do artigo.

Assim sendo, para além de um debate que trata de conceito e técnicas, o estudo do termo inicial da prescrição executória demonstrou uma série de fatores políticos, institucionais, principiológicos a sua volta.

Foi justamente com esse olhar que se concluiu, após a análise dos argumentos mais conservadores e mais progressistas, que a manutenção da aplicação literal do art. 112 I CP é compatível com o atual ordenamento jurídico brasileiro e que não cabe ao judiciário promover uma adequação hermenêutica absolutamente contrária do disposto na norma.

Nesse segundo caso esclarece-se que, se por um lado é competente o judiciário para

utilizar-se de sistemas de interpretações para que encontre o real sentido da lei, por outro não pode o juiz se colocar na posição de legislador para modificar completamente a hermenêutica do texto normativo, quando ele está em consonância com o ordenamento jurídico e com princípios insculpidos no atual Estado Democrático brasileiro, tal como foi demonstrado no decorrer da pesquisa.

REFERÊNCIAS

Doutrina:

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale. Parte generale.** Milano: Dotta. A. Giuffrè, 1987.

BINS, Denise Dias de Castro. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo.** 18.12.13. Disponível em <:http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise_Bins.html> Acesso em: 25.04.15.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1.** 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal - Parte Geral – Pena e Medida de Segurança.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. III.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – Parte Geral 1.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMANTO, Celso. et. al. **Código Penal Comentado.** 8 ed. São Paulo: Saraiva., 2010.

DURKHEIM, Émile. **Las reglas del método sociológico.** Fondo de cultura económica méxico, 2001. Disponível em: <http://filosofiadelderecho.webs.com/las_reglas_del_metodo_sociologico_-_emile_durkheim_-_pdf.pdf> Acesso em: 15 abril 2015.

FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado.** 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1959, v. III.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa.** 7 ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal.** 2. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC nº 84.078-MG. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237-257.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1978, v. I, t. II.

GOMES, Luiz Flávio. **Prescrição da Pretensão Executória: Erro do STJ**. 2011. Disponível em: < <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121827768/prescricao-da-pretensao-executoria-erro-do-stj> > Acesso em: 25. 04.2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, v. I.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. I.

_____. **Prescrição Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição Penal – Retroativa e Antecipada em face da Competência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal**. 2 ed. Bogotá: Temis, 1972, v. II.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal – O delinquente – A sanção penal – A pretensão punitiva**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1966, v. III.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal – Direito Penal Militar, Lei de Proteção da Ordem Econômica, Ação Penal, Decadência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUSSI, Jorge MUSSI. **Reflexões sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75576/reflexoes_termo_inicial_mussi.pdf?sequence=1> Acesso em 19.03.2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal – Parte Geral, Parte Especial**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 2ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1977.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 9 ed. JusPodivm, 2013.

RODRIGUES, Cristiano; TÁVORA; Nestor (org). **Vade Mecum Penal**. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal- Parte Geral**. 4 ed.. Florianópolis: Conceito, 2010.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 53 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.I.

VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, t. II.

Processos Judiciais:

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. ARE nº 191.868/DF. Parecer nº 2015.02.2.18790-CEOV-bgs, subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Agravante: Romualdo Estáquio dos Santos de Souza. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Parecer de 05.02.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 848.107/DF. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Rodrigues de Oliveira. Relator: Ministro Dias Toffoli. Segunda Turma, DJe 20.02.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 840.078/MG. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal do Pleno, DJe 26.02.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 95.009/SP. Paciente: Daniel Valente Dantas e Verônica Valente Dantas. Coator: Relator do HC nº 107.514 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro

Eros Grau. Tribunal do Pleno, DJe 11.06.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 115.269/RR. Paciente: Ricardo Herculano Bulhões de Mattos. Coator: Relator do HC nº 219.612/RR do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Rosa Weber. Primeira Turma. DJe 30.10.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.323.336/RJ. Agravante: Waleria Brandão Camel. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe 06.11.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 250.664./RJ. Paciente: André Luiz Costa de Paula. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. DJe 05.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 232.031/DF. Paciente: José Arnaldo Pereira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 29.08.2012.

Legislações:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição de 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os art. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.